



Herald of Legal History



БЕОГРАД 2020 / БРОЈ 1 / ГОДИНА I

UDC 34(091) ISSN (Штампано изд.) 2738-0955
ISSN (Online) 2738-0963

Editorial board:

Prof. Dr Sima Avramović (University of Belgrade Faculty of Law), Prof. Dr Žika Bujuklić (University of Belgrade Faculty of Law), Prof. Dr Zoran Čvorović (University of Kragujevac Faculty of Law), Prof. Dr Zoran Mirković (University of Belgrade Faculty of Law), Prof. Dr Milena Polojac (University of Belgrade Faculty of Law), Prof. Dr Dragoljub Popović (former judge of the ECHR, Union University Faculty of Law), Ass. Dr Uroš Stanković (University of Novi Sad Faculty of Law), Prof. Dr Srđan Šarkić (University of Novi Sad Faculty of Law).

International editorial board:

Prof. Dr Željko Bartulović (University of Rijeka Faculty of Law), Prof. Dr Victor Castellani (University of Denver Department of Languages and Literatures), Prof. Dr Dalibor Čepulo (University of Zagreb Faculty of Law), Prof. Dr Coleman Dennehy (University College Dublin), Prof. Dr Gábor Hamza, full member of the Hungarian Academy of Sciences (Eötvös Loránd University Faculty of Law), Prof. Dr Gerald Kohl (University of Vienna Faculty of Law), Prof. Dr Pietro Lo lacono (LUMSA University Department of Law in Palermo), Prof. Dr Stephan Meder (Leibniz University of Hannover Faculty of Law), Prof. Dr Nikola Mojsavić (University of Banja Luka Faculty of Law), Prof. Dr Emilia Musumeci (University of Teramo Faculty of Law), Prof. Dr Del na I. Nieto Isabel (University of Barcelona Department of History and Archaeology), Prof. Dr Marko Petrak (University of Zagreb Faculty of Law), Prof. Dr Natale Rampazzo (National Research Council of Italy, Naples), Prof. Dr Marion Röwekamp (Humboldt chair at the College of Mexico), Prof. Dr Vladimir Simič (University of Ljubljana Faculty of Law), Prof. Dr Thomas Simon (University of Vienna Faculty of Law), Prof. Emeritus Gerhard Thür, associate member of the Austrian Academy of Sciences (University of Graz Faculty of Law), Dr Yuriy Vin, Senior Researcher (Institute of World History of the Russian Academy of Sciences).

Универзитет у Београду – Правни факултет

БЕОГРАД 2020 • ГОДИНА I • БРОЈ 1 • стр. 1–507



ВЕСНИК ПРАВНЕ ИСТОРИЈЕ

HERALD OF LEGAL HISTORY

UDC 34(091)

ISSN (Штампано изд.) 2738-0955

ISSN (Online) 2738-0963

Назив часописа:

Весник љравне историје

Часопис излази два пута годишње

Главни уредник:

доц. др Нина Кршљанин

Заменик главної уредника:

Давид Вучинић

Студентска редакција:

Сава Војновић, Ђина Главчић Костић, Милош Кнежевић,
Анита Станковић, Ђорђе Степић

Издавач:

Правни факултет Универзитета у Београду

Лектура:

Марија Срдновић

Технички уредник:

Ирена Ђаковић

Дизајн корица:

Лазар Лапац

Слої и ѿрелом

Досије студио, Београд

Штампа

Бирограф, Београд

Journal title:

Herald of Legal History

The journal has two issues per year

Editor-in-chief:

Ass. Prof. Dr Nina Kršljanin

Deputy editor-in-chief:

David Vučinić

Student editorial board:

Sava Vojnović, Đina Glavčić Kostić, Miloš Knežević,
Anita Stanković, Đorđe Stepić

Publisher:

University of Belgrade Faculty of Law

Proofreading:

Marija Srndović

Technical editor:

Irena Đaković

Cover design:

Lazar Lapac

Prepress

Dosije Studio, Belgrade

Printing

Birograf, Belgrade

САДРЖАЈ

Реч редакције	10
Чланци	
<i>Бојдан П. СТОЈАНОВИЋ</i>	
Осврт на утицај религије на Ур-Намуов законик	17
<i>Isidora FÜRST</i>	
Положај жене античке Грчке у брачном и породичном праву	34
<i>Василије З. МИТРОВСКИ</i>	
Утицај византијског права на кривично право у средњовековној Србији	66
<i>Андреј ЦОНФАЛОНИЕРИ</i>	
Разбојништво у Душановом законiku	100
<i>Aleksei Yevgenyevich KAPUSTIN</i>	
Russian Law Codes in the 19 th and 20 th Century and Women: From Gaps and Inequalities to Legal Recognition and Legal Equality	123
<i>Marie Therese MUNDSPERGER</i>	
Women's Suffrage in the Austrian Half of the Habsburg Monarchy 1848–1918	141
<i>Милош З. КНЕЖЕВИЋ</i>	
Рад на унификацији материјалног кривичног права Краљевине СХС – од пројекта из 1910. године до предлога Казненог законика из 1926. године	165
<i>Николај Г. САПСАЈ</i>	
Проблематика положаја црквене имовине у секуларној држави: пример из Совјетског Савеза 20-их година као опомена за данас	231

TABLE OF CONTENTS

Word of the Editorial Board	11
Articles	
<i>Bogdan P. STOJANOVIĆ</i>	
Review of the Influence of Religion on Ur-Nammu's Code	17
<i>Isidora FÜRST</i>	
Position of Women of Ancient Greece in Marriage and Family Law	34
<i>Vasilije Z. MITROVSKI</i>	
The Influence of Byzantine Law on Criminal Law in Medieval Serbia	66
<i>Andrej CONFALONIERI</i>	
Robbery in Dušan's Code	100
<i>Алексеј Јевђењевич КАПУСТИН</i>	
Руски законици у XIX и XX веку и жене: од правних празнина и неједнакости до правног признања и правне једнакости	123
<i>Марија Тереза МУНДШПЕРГЕР</i>	
Женско право гласа у аустријском делу Хабзбуршке монархије 1848–1918.	141
<i>Miloš Z. KNEŽEVIĆ</i>	
Work on the Unification of Material Criminal Law of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes – from the 1910 Project to the 1926 Draft Penal Code	165
<i>Nikolaj G. SAPSAJ</i>	
The Position of Church Property in Montenegro: An Example from The Soviet Union of the 1920s as a Cautionary Tale	231

Симо М. ИЛИЋ

Правни положај ванбрачне деце у првој Југославији	248
---	-----

HASSAN Amna

Women in Pakistan – A Comparative Analysis of Women’s Rights on the Basis of Anglo-Saxon and Muslim Legal Traditions	283
--	-----

Vojtěch VRBA

From Czechoslovakia to the State of Israel: Introduction to Legal Aspects of Czechoslovak Help to the State of Israel in 1947–1949	323
--	-----

Победнички рад са конкурса Фондације Алан Вотсон за 2019/20

Ђорђе СТЕПИЋ

Методи попуњавања правне празнине: однос државе и цркве у Закону о црквама и верским заједницама	339
--	-----

Студентски преводи

Аристид ТЕОДОРИДЕС, превела Анђела ЧОЛОВИЋ

Концепт права у древном Египту	358
--------------------------------------	-----

Ђулио ДИЈЕНА, превео Василије МАРКОВИЋ

Света Столица и међународно право након Латеранских споразума од 11. фебруара 1929.	407
--	-----

Прикази књига

Анија СТАНКОВИЋ

Батина је из раја изашла? Guy Geltner, <i>Flogging Others: Corporal Punishment and Cultural Identity from Antiquity to the Present</i> , Amsterdam University Press B.V., Amsterdam 2014, 112.	430
--	-----

Интервјуи

Давид Д. ВУЧИНИЋ

Професор Сима Аврамовић	438
-------------------------------	-----

<i>Simo M. ILIĆ</i>	
The Legal Position of Illegitimate Children in the first Yugoslavia.....	248
<i>ХАСАН Амна</i>	
Жене у Пакистану – упоредна анализа права жена на основу англосаксонске и исламске правне традиције.....	283
<i>Војмих ВРБА</i>	
Држави Израел, од Чехословачке: Увод у правне аспекте чехословачке помоћи Држави Израел од 1947–1949.	323
Winning paper from the 2019/20 Alan Watson Foundation contest	
<i>Ђорђе STEPIĆ</i>	
Methods of Filling Legal Gaps: The Relationship between the State and the Church in the Serbian Law on Churches and Religious Communities.	339
Student translations	
<i>Aristide THÉODORIDÈS, translated by Anđela ČOLOVIĆ</i>	
The concept of law in Ancient Egypt.....	358
<i>Giulio DIENA, translated by Vasilije MARKOVIĆ</i>	
La Santa Sede e il diritto internazionale dopo gli Accordi Lateranensi dell 11. febbraio 1929.....	407
Book reviews	
<i>Anita STANKOVIĆ</i>	
Spare the rod and spoil the child? Guy Geltner, <i>Flogging Others: Corporal Punishment and Cultural Identity from Antiquity to the Present</i> , Amsterdam University Press B.V., Amsterdam 2014, 112.....	430
Interviews	
<i>David D. VUČINIĆ</i>	
Professor Sima Avramović.....	438

In memoriam

Давид Д. ВУЧИНИЋ

Мирослава Мирковић (1933–2020) 484

Позиви и најаве

Конкурс Фондације Алан Вотсон за 2020/21: Брачно право
и правни транспланти 487

Позив на конференцију – Iustoria 2021: Право и религија... 488

Упутство за ауторе..... 492

In memoriam

David D. VUČINIĆ

Miroslava Mirković (1933–2020)	484
--------------------------------------	-----

Announcements and calls for papers

The Alan Watson Foundation Contest for 2020/21: Marriage Law and Legal Transplants.	487
---	-----

Call for papers – Iustoria 2021: Law and Religion.	489
---	-----

Author guidelines.	493
---------------------------------	-----

РЕЧ РЕДАКЦИЈЕ

Правни факултет Универзитета у Београду увек је неговао јаку традицију изучавања правне историје. Имена попут Теодора Тарановског, Александра Соловјева, Алберта Вајса, Драгомира Стојчевића, Љубице Кандић, Јелене Даниловић или Обрада Станојевића оставила су неизбрисив траг у овој научној дисциплини – али и, сасвим сигурно, у формирању генерација правника које су имале ту привилегију да слушају њихова предавања. Срећом, ови великани су оставили иза себе достојне наследнике, који су предавали и члановима ове редакције. Мада се у данашње време, услед кратковидог прагматизма, на многим правним факултетима у земљи и иностранству број правноисторијских предмета смањује или њихов статус своди на изборне уместо обавезних, Правни факултет Универзитета у Београду очувао је снажно тројство општеобавезних предмета – Римско (приватно) право, Упоредну правну традицију и Српску правну историју; приде, њих подржавају предмети Црквено право и Реторика, који можда нису историјски у класичном смислу те речи, али су свакако уско повезани са историјом. Не треба сметнути с ума ни да на Факултету постоји *Forvm Romanvm* – Клуб пријатеља римског права и антике, који скоро сваког петка увече окупља професоре и студенте заинтересоване за културу антике и правну историју уопште, у којем су предавања држали многи великани домаће и светске науке, а који управо ове године слави блиставих 50 година постојања. Коначно, недавно преминули професор Алан Вотсон, компаративиста и правни историчар светског гласа, основао је 2005. године на нашем факултету фондацију која носи његово име, а која награђује најбоље студентске радове који се баве главном темом из Вотсоновог опуса – правним трансплантима.

Оснивање „Весника правне историје“, дакле, представља само један даљи корак у одавно започетом низу, али то је ипак корак на који смо веома поносни. Циљ овог часописа је да студентима основних и постдипломских студија (не нужно правних факултета!) заинтересованим за правну историју пружи прилику да објаве своје радове, али и да тиме привуче оне код којих се љубав према овој области још увек није развила у јасно истраживачко интересовање. Стога, „Весник

WORD OF THE EDITORIAL BOARD

The University of Belgrade Faculty of Law has always nurtured a strong tradition of studying legal history. Names like Teodor Taranovski, Aleksandar Solovjev, Albert Vajs, Dragomir Stojčević, Ljubica Kandić, Jelena Danilović or Obrad Stanojević have left an indelible mark in this scholarly discipline – but also, for sure, in the formation of generations of lawyers who had the privilege to listen to their lectures. Fortunately, these greats left behind worthy heirs, who have also taught the members of this editorial board. Although nowadays, due to short-sighted pragmatism, the number of legal history courses at many law faculties in the country and abroad is decreasing or their status is reduced to electives instead of compulsory ones, the University of Belgrade Faculty of Law has preserved a strong trinity of compulsory subjects – Roman (private) law, Comparative legal traditions and Serbian legal history; these are supported by Ecclesiastical law and Rhetoric, which are perhaps not historical in the classical sense, but are nevertheless closely related to history. We should not forget either that the Faculty is also the home of the *Forvm Romanvm* – the Club of Friends of Roman Law and Antiquity, which gathers professors and students interested in the culture of antiquity and legal history in general almost every Friday night, where many renowned Serbian and foreign scholars have given their lectures, and which is celebrating its splendid 50th anniversary this year. Finally, the recently deceased Professor Alan Watson, a world-renowned comparativist and legal historian, started a foundation bearing his name at our Faculty in 2005, which awards the best student papers dealing with the main theme of Watson's work – legal transplants.

The establishment of the “Herald of Legal History”, therefore, represents just another step forward in a series begun a long time ago, but a step we are very proud of nevertheless. The aim of this journal is to give undergraduate and postgraduate students (not necessarily of law faculties!) who are interested in legal history the opportunity to publish their work, but, at the same time, to attract those whose love for this field has not yet developed into a clear research interest. Therefore, the “Herald of Legal History” is a herald in two ways: both in the sense of a journal that

правне историје“ је весник двоструко: и у смислу гласила које ће ширити новости из света наше дисциплине, али и у том смислу да је сваки млади аутор који буде објавио свој текст у њему весник једне нове епохе истраживања. Правна историја се бави старином и прошлошћу – али управо су гласови младих њена будућност. Желимо да им пружимо прилику да се чују!

Веома нам је драго што нас на путу ка том циљу подржавају још два подухвата који дају снагу правној историји. Једно је већ поменута Фондација Алан Вотсон: почев од ове године, победнички рад са конкурса Фондације ће се, уместо на веб страници Фондације, објављивати у Веснику. У овом броју се већ налази победнички рад са конкурса за 2019/20 школску годину – чији аутор је, стицајем околности, један од чланова ове редакције. Друго је међународна студентска конференција *Iustoria*, која ће се почев од ове године, надамо се, редовно одржавати на Правном факултету Универзитета у Београду, а чијим учесницима ћемо дати прилику да објаве радове у нашем часопису.

Нажалост, пандемија коронавируса пореметила је сва збивања, па и ова. Настава на нашем факултету је већи део другог семестра држана онлајн, предавања на Форуму су отказана, а *Iustoria* је од марта одложена за октобар ове године. Из истих разлога, и припрема првог броја нашег часописа потрајала је више него што смо очекивали, па претпостављамо да ће светло дана угледати, уместо на лето, тек на јесен 2020. године. Ипак, боље икад него никад – у овим околностима, најбитније је да започнемо са излагањем, па ће бити времена да се распоред објављивања нормализује. Већ док пишемо ове редове, пристижу нам и нови радови за други број Весника – и позивамо и све друге заинтересоване да нам пошаљу своје текстове!

Весник објављује уобичајене врсте радова које можете наћи и у другим академским часописима: пре свега чланке који представљају истраживачки рад студената, али и приказе књига (макар биле и старијег датума излагања), као и разне пригодне текстове (извештаје с конференција и округлих столова, некрологе и сл.). Међутим, ту су и две мање уобичајене категорије: студентски преводи чланака реномираних академских аутора или изворних текстова (са било ког језика на српски или енглески) и интервјуи са реномираним научницима који се баве правном историјом, а које, такође, обављају студенти. Овима желимо да стимулишемо студенте да на било који начин који им највише лежи испоље своје интересовање за правну историју!

На крају, желели бисмо да се захвалимо свима који су излагање Весника учинили могућим. Пре свега, члановима Катедре за правну историју Правног факултета Универзитета у Београду, који су покренули иницијативу за његово оснивање, и професору Зорану Мирко-

will spread news from the realm of our discipline, but also in the sense that all the young authors who publish their texts in it are heralds of a new era of research. Legal history deals with antiquity and the past – but it is the voices of young people that are its future. We want to give them a chance to be heard!

We are very glad to be supported on the way to that goal by two more endeavours that give strength to legal history. One of them is the aforementioned Alan Watson Foundation: starting this year, the winning work from the Foundation's competition will be published in the Herald, instead of on the Foundation's website. This issue already contains the winning paper from the contest for the 2019/20 school year – the author of which, by coincidence, is one of the members of this editorial board. The second is the international student conference *Iustoria*, which, we hope, would be held regularly at the University of Belgrade Faculty of Law, starting from this year, and whose participants will be given the opportunity to publish their papers in our journal.

Unfortunately, the coronavirus pandemic disrupted all events, including these. Classes at our faculty were held online for most of the second semester, lectures at the *Forvm* were cancelled, and *Iustoria* was postponed from March to October this year. For the same reasons, the preparation of the first issue of our journal took longer than expected; we assume that it will see the light of day, instead of in the summer, only in the fall of 2020. Still, better late than never – in these circumstances, the most important thing is to begin the publication, and there will be time for the publishing schedule to normalize. As we write these lines, we are receiving new papers for the second issue of the Herald – and we invite all others who are interested to send us their texts!

The Herald publishes the usual types of papers that one can find in other academic journals: primarily articles that are the research work of students, but also book reviews (even of older books), as well as various event-related texts (reports from conferences and round tables, obituaries, etc.). However, there are also two less common categories: translations of articles by renowned academic authors or of source texts, done by students (from any language into Serbian or English) and interviews with renowned scholars in the field of legal history, also conducted by students. With this, we want to stimulate students to express their interest in legal history in any way that suits them best!

In the end, we would like to thank everyone who made the publication of the Herald possible. First of all, to the members of the Department of Legal History of the University of Belgrade Faculty of Law, who initiated its establishment, and to Professor Zoran Mirković, Dean of the

вићу, декану Факултета, који је донео одлуку о оснивању часописа и именовоа нас за чланове редакције. Затим, свим професорима који су подржали часопис као чланови проширеног уређивачког одбора, и својим вредним саветима допринели да он буде бољи, као и свима који су пристали да буду рецензенти за наш часопис и да тако помогну побољшању квалитета радова који се у њему објављују. Свима који су учествовали у пословима уобличавања часописа како би вас поздравио у што лепшем руху – од дизајна корица, преко лектуре, до припреме за штампу. И, коначно, највише смо захвални нашим ауторима – што их занима правна историја и што имају жара и интересовања за научни рад, каткад већ и од прве године основних студија! Без свих вас не би било овог часописа – стога искрено хвала и останите са нама! Да, са временом, и издавање Весника постане једна лепа и дуга традиција.

редакција Весника правне историје:

доц. др Нина Кршљанин, главни уредник
Давид Вучинић, заменик главног уредника
Сава Војновић, Ђина Главчић Костић,
Милош Кнежевић, Анита Станковић, Ђорђе Степић

Faculty, who passed the decision to found the journal and appointed us as members of the editorial board. Then, to all the professors who supported the journal as members of the extended editorial board, and contributed their valuable advice to make it better, as well as to all who agreed to be reviewers for our journal and thus helped improve the quality of the papers published in it. To all those who participated in the work of shaping the journal in order for you to see it in the best possible shape – from cover design, through proofreading, to prepress. And, finally, we are most grateful to our authors – for being interested in legal history and for having passion and interest in scholarly work, sometimes from the first year of their undergraduate studies! Without all of you, this journal would not exist – so thank you very much, and stay with us! So that, over time, publishing the Herald would also become a beautiful and long tradition.

editorial board of the Herald of Legal History:

Ass. Prof. Dr Nina Kršljanin, Editor-in-Chief
David Vučinić, Deputy Editor-in-Chief
Sava Vojnović, Đina Glavčić Kostić,
Miloš Knežević, Anita Stanković, Đorđe Stepčić

Богдан П. СТОЈАНОВИЋ*

ОСВРТ НА УТИЦАЈ РЕЛИГИЈЕ НА УР-НАМУОВ ЗАКОНИК

Сумерска цивилизација је, осим многих досићинућа, изнедрила и најсћарији сачувани љавни сћоменик – Ур-Намуов законик, који је сћар љреко четири миленијума. С обзиром на то да је законик махом светљовни тексћи, веза из међу њећа и љолићиесћићке сумерске релићије на љрви љоћлед изћледа љосред-на. Међућим, ућраво је релићија један од кључних факћиора који омоћућују разумевање и овоћ, а и каснијих клиноћисних зборника. Највише месћа она је добила у љролоћу законика, у којем се владар љредсћавља као оћелойвореће боћова на земљи. Законодавац корисћи релићију, која је у свим древним цивилизацијама имала оћроман ућицај на свакодневни живоћ, као моћно сред-сћиво за љосћизање жељеноћ циља – љокоравања свих слојева сћановнићива њећовим наредбама. Мањи ућицај је оћстварила на саме норме законика, али ни тоу није љоћићуно љреовладао секуларни каракћер. Релићијско ућемељење љосћиоји у две одредбе које се ћићу божјећ суда реке, ирационалноћ доказноћ средсћива ућемељеноћ на веровања да боћ, као врховни судија, неће дозвољићи ићрекшићиоу норме да избће казну. Најзад, у дирекћиој вези са релићијом је и једна норма која се ћићиче заклетве

Кључне речи: Ур-Наму. – Пролої. – Божји суд. – Заклеїва.

1. УВОД

Ур-Намуов законик представља једну од најзначајнијих тековина огромног сумерско-акадског наслеђа. Он је, заправо, правни пандан чувеног Епа о Гилгамешу – исто као што славна приповест о леген-

* Аутор је студент прве године Правног факултета Универзитета у Београду, bogdanst622@gmail.com

дарном краљу Урука представља најстарије познато књижевно дело, тако и слабо очуване глинене плочице пронађене дуж Месопотамије¹ представљају најстарији законик у историји. У реконструкцији овог законика коришћена су три извора (глинене таблице), који потичу из три града која се налазе у данашњем Ираку: Нипура, Ура и Сипара (додуше, постоје индиције да и плочица из Сипара потиче из Нипура)². Иако то није кодификација у модерном смислу те речи, и упркос томе што је јако мало фрагмената сачувано, они су довољни да покажу да је законик покривао и грађанско и кривично право.

Први³ клинописни зборник донет је око 2100. године п.н.е. Доносилац законика ни до дана данашњег није познат. Наука се спори око два имена – једно је владар из имена самог законика, оснивач треће династије Ура,⁴ а друго је његов син, даровити Шулги, чувени „моћни цар од све четири стране света“.⁵ Овај сукоб мишљења не јењава ни данас, с тим што у савременој науци ипак преовладава мишљење да га је донео Шулги. Превео га је са сумерског језика један од најчувенијих асириолога свих времена, Американац јеврејског порекла, Семјуел Крамер, који га је и представио у истанбулском Музеју античког оријента 1952. Овим догађајем завршена је етапа откривања клинописних зборника (претходно су свету обелодањени Законик Липит-Иштара, Билаламин, као и најчувенији од њих – Хамурабијев законик), те је правна наука тада могла да крене у свеобухватније изучавање правног система древних народа Месопотамије.

Иако су сачувани само пролог и мањи број одредаба, јасно је да је високо развијена сумерска цивилизација свој просперитет исказала и у правном систему, оличеном у Ур-Намуовом законуку. Поткре-

- 1 Нипур је био један од најзначајнијих политичких и религијских центара у многим државама које су се смењивале у Међуречју. Осим таблица значајних за правну историју, у њему су пронађене и оне есенцијалне за историју књижевности – клинописни фрагменти Епа о Гилгамешу.
- 2 Martha T. Roth, *Law collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Scholars Press, Georgia 1995, 14.
- 3 Велика оштећеност фрагмената Урукагине спречила су овај законик, донет у 24. веку пре н.е. у Лагашу, да понесе назив најстаријег сачуваног правног споменика. Види Niels Peter Lemche, *Biblical Studies and the Failure of History*, Taylor & Francis Ltd, London – New York 2013, 51.
- 4 Период постојања државе неки називају и Сумерска ренесанса (некад и нео-сумерски период), с обзиром на то да је, након превласти Акађана, вратио у центар збивања владаре најстарије познате цивилизације. Види Амели Курт, *Сјари исјок*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 2004, 55.
- 5 Douglas Frayne, *Ur III Period (2112–2004 BC)*, University of Toronto Press, Toronto – Buffalo – London 1997, 92.

пљење ове тврдње налазим у начину формулисања правних норми, у облику кондиционално изражене диспозиције, после чега следи прецизно одређена световна казна (на пример: „Ако човек оџикине нос друјом човеку са..., он нека одмери и ђреда 40 шекеа сребра“),⁶ као и у непостојању одмазде по принципу „Око за око, зуб за зуб“, тзв. талиона, карактеристичног за касније, много славније законике од Ур-Намуовог – старовавилонски (аморитски) Хамурабијев законик и Мојсијеве законике садржане у Старом завету, као и за римски Законик дванаест таблица.

Ур-Намуов законик се у многим својим одредбама подудара са каснијим клинописним зборницима, што имплицира велики број правних транспланата у правном систему древне Месопотамије. Потпуно је јасно да су се Билалама, Хамураби и потоњи законодавци угледали на текст из Нипура. Пролог, у којем су богови послали владара да заведе правду на земљи, касније налазимо код свих других клинописних зборника. Исто важи и за многе друге одредбе; на пример, оне о бојјем суду. Самим тим, иако је написан пре више хиљада година, он утиче и на данашње време. Карактер модерности налазим у принципу композиције за учињено дело, што само доказује колико је овај законик био испред свог времена. Оштре казне сматране су непотребним, те је за већину злочина била довољна новчана казна као подсетник за то како се треба понашати.

2. РЕЛИГИЈА И ДРЕВНО ПРАВО

Религија, као најкомплекснији облик веровања, представљала је темељ за изградњу свих најстаријих цивилизација светске историје. Њен утицај на народе и државе са самог почетка светске историје био је толико велики да, заправо, њу поистовећујемо са кључним обележјима датих друштава. Изузетак не представља ни најстарија светска цивилизација – древни Сумер, који је ударио темеље свету какав данас познајемо. Ипак, иако се ради о цивилизацији са самог почетка људске историје, Сумер је показао да је у много чему био напредан, па тако и у правном систему, који је у великој мери ослобођен религије.

Како су друштва кроз историју еволуирала, утицај религије на њихове животе био је све мањи. Дакле, њен највећи утицај бележи се у примитивним праисторијским друштвима из којих су се касније

6 Војислав Станимировић, *Хресџомаџија за уђоредну ђравну џрадицију*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 13, члан 20.

развиле прве цивилизације. За разлику од примитивних друштава, која одликује веровање у богове са безличном и натуралистичком ауром, прве цивилизације карактерише образовање пантеона у којем богови, осим што имају антропоморфан облик, поседују и разграничене међусобне надлежности и обављају различите функције. Међу њима, како наглашава Макс Вебер, јавља се и посебан бог за правосуђе који је заправо праотац касније етичке квалификације божанства: то је у Индији Варуна, Маат у Египту, те Аполон или Темида у Грчкој.⁷ Чувени немачки социолог затим наводи главне друштвено-историјске разлоге појачаних етичких захтева према боговима, међу којима су најзначајнији: (1) растућа моћ и захтеви за квалитетно уређеним правосуђем унутар великих политичких заједница и (2) све већи опсег рационалног схватања света који подлеже законима природе као смисленог, уређеног космоса.⁸

Високи степен развијености Ур-Намуовог законика, осим помених, огледа се и у његовој секуларности. Изостају било какве религијске казне, које су врло честе у архаичним друштвима у којима представљају одраз старих, примитивних времена. Ипак, да законик није посве светован текст види се у: 1) прологу 2) две норме које говоре о тзв. божјем суду и 3) једној норми која помиње заклетву.

Као што је овоземаљска држава само слика небеске државе, тако су, према веровањима древних народа Међуречја, и овоземаљске одредбе, закони и право само одраз небеских, вечних и природних закона.⁹ Људски закони се могу изменити и заменити другима, али се при том морају руководити божанским законима. Вероватно је да се древни становник Сумера Ур-Намуовом законуку безусловно покораво, схватајући земаљску ситуацију као нешто што је од бога дато.¹⁰ Како у очима већине блискоисточних народа богови нису били неморална, већ чисто морална бића,¹¹ тако су се и закони које су они наметали схватили као неупитно исправни. Ако закони потичу од светих чинилаца, очигледно је да ће се они старати о њиховом извршењу, па је огрешење о законе посматрано исто као и огрешење о саме богове, за чим су следиле божанске санкције.¹²

7 Max Weber, *The Sociology of Religion*, Methuen & Co. Ltd, London 1965, 35.

8 *Ibid.*, 35–36.

9 Marko Višić, *Zakonici drevne Mesopotamije*, Službeni list Srbije i Crne Gore, Beograd 2003, 126.

10 *Ibid.*

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*

3. ПРОЛОГ ЗАКОНИКА

Пролог је саставни део многих старовековних дела, било да су у питању античке грчке драме, Хомерови епови или клинописни зборници права. Овакав уводни део, који је изражен у облику инвокације,¹³ карактерише сваки од пронађених законика Месопотамије.

Пролог¹⁴ (и Законик) почињу представљањем законодавца:

(A i 1–30:) ... Ур-Наму, моћни рајџник, владар љада Ура, владар земаља Сумера и Акада... Он је успановио да 21.600 сила јечма, 30 оваца, 30 сила бујера за месец, буду редовна давања... у земљи

Поред сасвим очекиваног описивања владара,¹⁵ као и навођења територије коју поседује (при чему се даје предност Сумеру, иако је превласт Акада временски била ближа), следи норма о врло прецизно одређеном данку који је владар наметнуо својим поданицима. Битност ове норме, која се огледа и у чињеници да је стављена на сам почетак законика, лежи у обавези сваког грађанина да плати фиксирани порез. С друге стране, можда ју је Ур-Наму ставио на почетак да би себе приказао као добротинитеља, ако је претходни владар земље наметао већу количину обавезних давања. Ипак, период историје од распада Сумерско-акадског царства до Ур-Намуовог успостављања државе није много познат науци, тако да није могуће упоређивање законодавца са претходним владарима.

Такође, велико је питање да ли се Ур-Наму лично представља у прологу. Тако, након откривања последње таблице из Сипара и члан-

13 Инвокација представља један од симбола античке књижевности којим се означава дозивање богова у помоћ. Можда најпознатији пример је уводни део из Хомерове Илијаде: „Гнев ми, богињо, певај, Ахилеја, Пелеју сина злосрећни, штоно Ахејце у хиљаде ували јада...“.

14 Цео текст пролога, као и све остале норме Ур-Намуовог законика узете су из Хрестоматије професора Војислава Станимировића (осим ако је другачије наглашено). Види: Војислав Станимировић, *Хрестоматија за ујоредну љравну љрадицију*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016, 11–13. Професор Станимировић је са енглеског превео Ур-Намуов законик према Martha T. Roth, *Law collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Scholars Press, Georgia 1995.

15 Трећа династија Ура била је наследна монархија заснована на династичком принципу, чији су владари носили описне титуле које су у свом имену садржале освојене територије. Тако је Ур-Наму, на почетку своје владавине, носио титулу „краља Ура“, да би се касније прогласио (што је и предочено у законик) „краљем Сумера и Акада“. Његов наследник Шулги је, након освајања Нипура, титули додао још већу дозу осиноности, називајући се „краљем четири стране света“. Види: Bertrand Lafont, Raymond Westbrook, “Mesopotamia: Neo-Sumerian Period (Ur III)“, Raymond Westbrook (ed.), *A History of Ancient Near Eastern Law*, Brill, Leiden-Boston 2003, 186.

ка који је поводом тога написала Фатма Јилдиз,¹⁶ Крамер мења своје почетно мишљење, те он сада тврди како је, ипак, Шулги аутор овог дела. Наиме, према његовом мишљењу из 1983. фрагмент би гла-сио: *За Ур-Намуа... Ја сам усђановио...* Према овој интерпретацији,¹⁷ Шулги је тај који је сачинио законик, у част свом покојном оцу, што је сматрао за дужност.

Након овог потпуно световног члана, следи први есхатолошко-религијски утицај у законнику:

(А i 31–42:) Када су бојови Ану и Енлил љредали власт нађ љрадом Уром боју Нани, љада, за Ур-Намуа, рођеној сина бојине Нинсун, за љеној вољеној у кући рођеној роба, у складу са љејовом љравдом и истђином... дао љему... Ја именовах Намаханија за намесника љрада Лајаша. Снајом боја Нане, мој јосјодара, јоврајђих Нанин мајански брод у луку и учиних да блистђа у љраду Уру.

Након што је створен свет, према месопотамском миту, следила је прерасподела између богова. У прологу су поменута два најважнија сумерска божанства – Ану (бог неба) и Енлил (бог ваздуха, касније у Вавилону познатији као Мардук). Интересантно је да нема Енкија (Еа), бога воде и мудрости, који је уз поменута два божанства чинио окосницу сумерског пантеона. Бог месеца Нана изабран је за владара Ура. Као свог земаљског изасланика, Бог је изабрао Ур-Намуа, који и сам има божанско порекло.¹⁸ Заправо, Ур-Наму објављује да је при-мио (преузео) од Нане мисију да влада у Уру и да тамо успостави праведне и прецизне законе.¹⁹ Ово је осликано на чувеној Ур-Намуо-вој стели, на којој је владар приказан испред Бога који у десној руци држи: штап, уже и линеарне мере.²⁰ Емил Шлехтер (*Émile Szlechter*) се пита да ли су ово симболи мисије?²¹ Да ли она представља прелазак краљевске и законодавне моћи са Бога на краља или, још прецизније, да ли је ово прокламација да су закони стигли од божанства?²²

16 Fatma Yildiz, "A Tablet of Codex Ur-Nammu from Sippar", *Orientalia*, Nova Series, vol. 50, 1 /1981, 93–94.

17 Samuel Noah Kramer, "The Ur-Nammu Law Code: Who Was Its Author?", *Orientalia*, Nova Series, vol. 52, 4/1983, 2–4.

18 Samuel Noah Kramer, *The Sumerians: Their History, Culture and Character*, University of Chicago Press, Chicago 84.

19 Émile Szlechter, "A propos du code d'Ur-nammu", *Revue d'Assyriologie et d'archéologie orientale*, vol. 47, 1/1953, 1–10.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

22 Сличан мотив постоји на чувеној стели, на којој Хамураби стоји испред бога сунца и правде Шамаша.

Наиме, Ур-Наму је окарактерисан као син богиње Нинсун и овде се може повући још једна паралела између древног законодавца и Гилгамеша, с обзиром на то да је ова богиња мајка и легендарног краља Урука. Због тога бих рекао да се Ур-Наму ипак сматра полубогом, као и Гилгамеш, мада то није нигде експлицитно наглашено, нити му се помиње име оца. Наравно, пошто је и сам био дубоко религиозан, законодавац није имао довољно храбрости да се „попне на небо“ и поистовети са осталим божанствима, али је имао довољно смелости и мудрости да укаже на своје божанско порекло и тиме подигне степен регулације (степен нормираности понашања појединца). Након што се устолочио, Ур-Наму је морао да се сукоби са оближњим градом Лагашем и његовим владарем Намахнијем,²³ који су се ширили на територију Ура. Пресудни утицај у победи над непријатељем дао му је бог Нана, уз чију помоћ је Ур-Наму вратио маганске бродове у луку Ура – тј., вероватно, поново успоставио трговину са Маганом.²⁴

Следи одредба према којој се описује стање које је владало у земљи пре доласка Ур-Намуа:

(А ii 87–92:) У то време, ниску-људи држали су њоља, морски вукови су држали њоморску шировину са сираницима ... оне који њрисвоје (волове) ... оне који њрисвоје (овце...)

Морским вуковима се, вероватно, сматрају гусари или нека друга врста крадљиваца на мору, док се последње две поменуте категорије односе на обичне лопове. Међутим, спорно је место ниску-људи који су стављени у негативан контекст. Наиме, они су били војници који би за своју службу добијали комад земље од владара и тромесечна следовања соли и рибе.²⁵ Они су претеча онога што ће се у Хамурабијевом Вавилону звати илку-војници²⁶ и не постоји никакав разлог да се посматрају у негативном контексту. Међутим, могуће је да они нису били наклоњени Ур-Намуу, и да нису верно обављали своју службу. Марко Вишић²⁷ сматра да се овим појмом означавају зеленаши, који су правили велике проблеме државама Међуречја.

23 Намахни је био послењи независни гувернер Лагаша, чији је намесник био Ур-Аба. Када је победио Намаханија, Ур-Наму је ипак оставио Ур-Абу као гувернера побеђеног града. Види William Hallo, "The Coronation of Ur-Nammu", *Journal of Cuneiform Studies*, vol. 20, 3–4/1966, 138.

24 Маган је стара цивилизација која се вероватно налазила у данашњем Оману, прослављена по бродоградњи и поморству. В. Станимировић, *Хрестоматија*, 11, фн. 4; Donald Hawley, *The Trucial States*, Allen & Unwin, London 1970, 26–28.

25 В. Станимировић, *Хрестоматија*, 12.

26 *Ibid.*

27 М. Вишић, *Zakonici drevne Mesopotamije*, 131.

Након ове, следи јако сличан фрагмент са (A i 31–42:), са једном изменом:

(A iii 104–113:) (У то време, (Ја), Ур-Наму, (моћни райник, јос-јодар ірада Ура, владар земаља Сумера и) Акада, (снајом) боја Нане, мој јосјодара, (јод истинским вођством боја Ушуа, ја заведох јравду у земљи)

Поред поновљеног описа себе и земље коју поседује, Ур-Наму уводи новог бога у пролог – Утуа, бога сунца и правде. Уту је био син Ур-Намуовог господара, бога Нане, и његове жене, богиње Нингал. Да ли се то законодавац поистовећује са Утуом, пошто је, сада, он окарактерисан као истински вођа, па и сам постаје божанство, или су пак богови одлучили да уведу новог посредника између њих и световног владара? Притом, Уту је као бог правде и истине био један од богова чија је функција била одржање моралног поретка.²⁸

Следе фрагменти у којима законодавац описује своја достигнућа:

(A iii 114–124:) (...) ја се враћих. Дадох слободу Акађанима и сјранцима у земљама Сумера и Акада, оне који се баве јоморском трговином (ослободих) од морских вукова, јониче (ослободих) оних који јрисвајају волове, овце и мајарце.

У овом фрагменту налази се одговор на одредбу (A ii 87–92:). Дакле, Ур-Наму је ослободио земљу од пирата и лопова, само што се сада не помињу ниску-људи. Можда су се повиновали његовим наређењима, а можда њихов помен у ранијем фрагменту није ни био у функцији убрајања у криминалне групације становништва. Другим речима, могуће је да је њихово држање земље представљало чињеницу која се затим променила нагоре.

Такође, фрагмент је значајан јер се у њему испољава великодушност владарева према странцима. Нарочито је битан помен Акађана, из кога се наслућује да су имали непријатељски однос са Сумерцима. Законодавац је отворио врата свим странцима, који сада имају једнака права независно од тога које су народности, чиме је Ур-Наму поставио темеље онога што подсећа на савремени појам мултикултуралне државе.

(A iii 125–134, C i 1–10:) У то време, снајом Нане, мој јосјодара, ослободих Акишак, Марад, Гиркал, Казалу и њихова насеља, и Ушарум, и све (обласи) које беху јод јармом Анишана.

28 Jeremy A. Black, Anthony Green, *Gods, demons, and symbols of ancient Mesopotamia: an illustrated dictionary*, The British Museum Press, London 2004, 182–184.

Описују се владарева освајања на рачун еламитског града Аншана. Пошто се у историографији²⁹ освајање овог града приписује Шулгију, ово би могао бити један од доказа да Ур-Наму, ипак, није стварни творац законика.

У завршном делу пролога, владар се бави административним и унутрашњим проблемима, те социјалним и моралним реформама које је спровео како би подигао моћ државе:

(A iii 135-iv 149, C i 11-21:) Одредих меру за бакар, барију и ујодобих јој 60 сила. Одредих меру за бакар, сеу и ујодобих јој десет сила. Створих и обичну краљевску бакарну сеа меру и ујодобих јој њет сила. Уредих и све камене њежине од чистјој једној шекела (њежине) до једне мине (њежине). Створих бронзану једну сила меру и изједначих је са једном мином.

(A iv 150-161, C i 22-29:) Од њој времена, (ја уредих) њловидбу речних бродова и насипје дуж обала Тиџриса, дуж обала Еуфрата, дуж обала свих река, (ја учиних сијурним њушеве) за њласнике; (Изјрадих) одморишје (крај њуша), (засадих) воћњаке, лујал њосјави надзорника башијована да се сјара о њима.

У овом фрагменту је описано успостављање стабилних монетарних мера и предузимање праведних мера како би се заштитила сирочад, удовице и сиромашни.³⁰ Дакле, владар се хвали како је увео праведне и одговарајуће мере: силу за течност, мину и шекел као новчану јединицу. Крамер³¹ сматра да је покушао да спречи праксе трговаца које нису биле засноване на закону, а које су се тицале стандардизације тежина. Затим, хвали се како је поправио иригациони систем дуж Међуречја, који је био окосница ове древне цивилизације (као и уосталом, сваке древне цивилизације која је настала поред реке). Такође, поправио је положај гласника, а самим тим вероватно и однос са другим државама. За крај, бавио се и естетиком, тј. декорацијом града тако што је засадио воћњаке који се свакако могу посматрати као симбол не само лепоте, већ и добростања.³² Из овога се да закључити да је пре Ур-Намуовог успостављања власти у Уру

29 В. А. Авдијев, *Историја Сјарој исјока*, Издавачко предузеће Народне Републике Србије, Београд 1952, 41.

30 Émile Szlechter, „Le code d'Ur-ammu“, *Revue d'Assyriologie et d'archéologie orientale* vol. 49, 4/1955, 174.

31 Samuel Noah Kramer, *History Begins at Sumer: Thirty-Nine Firsts in Man's Recorded History*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 102.

32 Колико су народи Месопотамије волели зеленило, знамо из приче о Небухад-незаровој градњи славних висећих вртова Вавилонa (премда, могуће је да је место њихове градње ипак Нинива, а градитељ асирски цар Сенахериб), који су сматрани једним од седам светских чуда старог века. Види: Stephanie Dalley,

4. БОЖЈИ СУД

Божји суд или ордалија је врста ирационалног доказног средства које је типично за архаична друштва, у која се убрајају народи древне Месопотамије. Постојао је и у средњем веку, код Германа и Словена, а забележен је чак и у нововековном Османском царству. Кроз историју се јављао у различитим формама – нпр. суд водом, ватром, крстом и гутањем. У основи схватања ове ритуалне правне институције лежи веровање да ће Бог (или богови), као врховни судија, донети правду странци која је у праву, односно казнити кривца.

У Месопотамији је постојао божји суд воде, а одредбе о њему постоје у Ур-Намуовом и Хамурабијевом законнику. У Ур-Намуовом законнику, божји суд реке предвиђен је у два члана:

Члан 13: Ако човек оиџуџи друџої за ... и доведе ња на Божји суд Реке, али Божји суд Реке ња очисти (од лажне оиџужбе), онај који ња је довео нека одмери и њреда њри шекеа сребра

Члан 14: Ако човек оиџуџи суџруџу младића за неверсџва, али Божји суд Реке је очисти, онај ко је оиџуџио нека одмери и њреда 20 шекеа сребра

Бацање у хладну воду је било карактеристично за семитске народе (Јевреји, Акађани) у старом веку. Код већине семитских народа, а касније и код Словена и Германа, овај вид божјег суда другачије се примењивао него код Вавилонца. Наиме, већина Семита је оптуженика бацала у воду, па ако би он потонуо сматрао би се невиним.⁴⁰ Насупрот њима, Вавилонци су сматрали да потонуће особе не значи само божји доказ о кривици, већ и сам чин извршења казне и задовољења правде.⁴¹ Стога, у воду бачен човек, ако је невин, остаће на површини воде, а ако је крив, потонуће.⁴² Овакав редак, али логичан став (свакако, више смисла, барем из данашње перспективе гледано, има у потонућу кривца, него у његовом остајању на површини воде) о божјем суду, осим у Вавилону, био је прихваћен и у држави Мари.⁴³ У случају да се потонућем није подразумевао чин извршења казне, онда би се кривац избавио привезном мотком, након чега би уследило његово кажњавање.⁴⁴

40 В. Станимировић, *Хрестоматхија*, 37.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 Држава Мари тј. њен цар Зимрилама и Хамурабијев Вавилон имали су добре односе који су крунисани склопљеним војним савезом, те у томе треба тражити одговор на одступања у пракси божјег суда. В. А. Авдијев, *Историја Старої исиџока*, Издавачко предузеће Народне Републике Србије, Београд 1952, 16.

44 В. Lafont, R. Westbrook, 196–197.

Сумери су народ мистериозног порекла, али засигурно нису припадали Семитима. Међутим, након превласти Акада за време владавине Саргона I и његовог унука Нарам-сина, дошло је до хибридизације културе. Пошто из одредаба није јасно какав је био садржај божјег суда, вероватно је био пресудан академски утицај, те се он тумачио као код Семита. Нејасноћа његовог карактера утицала је на Вавилонце, који су празнину попунили онако како је њима било најлогичније. С друге стране, номадски Аморити нису имали превише додира са осталим семитским народима, него су само одржавали традицију древног Сумера, те и у томе треба тражити разлог различитог тумачења божјег суда.

Тако у Хамурабијевом законнику у члану 2. стоји следеће: „Ако човек оптужи другог човека за врачање, али нема доказа против њега, онај који је оптужен да се бави враџбинама отићи ће на божји суд Реке, он ће уистину бити подвргнут божјем суду Реке; ако га Река узме, ко га је оптужио узмеће његов сав иметак; ако ли Река покаже да је невин и сачува га, онај који му је врачање подметнуо да се убије: онај који се подвргао божјем суду Реке узмеће сво имање свог оптужитеља.“⁴⁵ Ако се упореди ова норма са нормом из члана 13. Ур-Намуовог законика, на логичан начин се може попунити празнина која се тиче оптужбе („Ако човек оптужи другог за ... и доведе...“). Дакле, вероватно је реч о транспланту тј. пресађивању норме из сумерског правног система у аморитски, те је за доказивање оптужбе о вештичарењу⁴⁶ (врачању) био резервисан божји суд реке (нарав-

45 Војислав Станимировић, „Нови поглед на Хамурабијев законик (I део)“, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2011, 146.

46 У вештичарењу се налази још један потенцијални религиозни одраз Ур-Намуовог законика, поготово када се има у виду превод Марка Вишића. Ради се о члану 4. Ур-Намуовог законика који гласи: „Ако жена слободној човека, служећи се чаролијом, салеће другога човека и он са њом леће, та жена да се убије, мушкарац је слободан“. Овај аутор је превео са енглеског Ур-Намуов законик по узору на *Ancient near Eastern Texts* Princeton, 1969, J. J. Finkelstein (по навођењу аутора). Норма на енглеском гласи: „If the wife of a man, by resort to her charms, enticed a (nother)man, so that he slept with her, he shall slay that woman, but that man shall be set free“. Дакле, овде је споран и непрецизан превод кључне речи у овој одредби – *charms*. Реч „*charms*“ суштински се односи на женске чари, на одређене њихове спољашње и унутрашње карактеристике којима би оне заводиле пожудне мушкарце, а не на чари у смислу магије или недозвољених религиозних пракси. Вишић је, дакле, сувише упростио превод и свео га на вештичарење, а тиме и потпуно занемарио суштинску Ур-Намуову намеру – да санкционише прељубу. Чињеница да је Вишић овај превод базирао на изузетно старом Финкелстиновом енглеском преводу, као и неславна репутација коју овај учењак блискоисточних цивилизација има у озбиљнијим правним научним круговима, довољни су разлози да овакву сенценцу не убацимо у главни текст. С друге стране, он је завршио класичне студије на Филозофском факултету, те се ње-

но, у случајевима када није било повољнијих доказних средстава). Казна за тужиоца који је лажно оптужио свог сународника адекватно рефлектује суштинске карактеристике сумерског и аморитског правног система – док је свирепи Хамураби прописао смртну казну, благи Ур-Наму је за исто дело резервисао композицију.⁴⁷

5. ЗАКЛЕТВА

Још једно ирационално доказно средство чију је егзистенцију предвидео Ур-Намуов законик била је заклетва. Овде је реч о старом акадском ритуалу чија се форма састојала у додиривању полног органа, као индикатора заклетве у сопствено потомство.⁴⁸

У Ур-Намуовом законик у, заклетва се помиње на једном месту:

Члан 29: Ако се човек љрикаже (суду) као сведок, али одбије да љоложи заклетву, он нека сноси накнаду ма чеџа шџџо је љредмеџ сџора.

Из ове одредбе следи да је заклетва услов за учествовање сведока у поступку, међутим не мора нужно значити да је она била изричита у сваком судском поступку. Акт изговарања заклетве одвијао се у храму, а не на суду⁴⁹ и тиме се судски поступак прекидао на неко време. Самим тим је он доста успоравао читав процес доказивања и из тог разлога може се помислити да заклетва није била стални део судског поступка. Била она изричита или не, заклетва је имала апсолутни карактер – одбијање заклетве значило би губитак спора,⁵⁰ премда то није непосредно исказано у односним одредбама Ур-Намуовог законика.

6. ЗАКЉУЧАК

Ур-Намуов законик само је један од бројних примера напредности сумерске цивилизације. Његова авангардност не долази до изражаја само у упоређивању са другим клинописним (Билаламин, Ешнунски и Хамурабијев законик), или уопште старовековним (За-

гово знање из области филозофије древних народа не може спорити са стано-вишта оваквог рада.

47 B. Lafont, R. Westbrook, 221.

48 Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Уџоредна љравна љтрадициџа*, Правни факултет, Београд 2016, 80.

49 B. Lafont, R. Westbrook, 194–196.

50 *Ibid.*

кон дванаест таблица, Мојсијеви закони и други) правним споменицима. Наиме, он је по степену развијености правне технике много испред многих зборника који потичу из средњег века, дакле периода историје који је уследио више од два и по миленијума после образовања Треће династије Ура.

Стога, имајући у виду период у коме је настао, потпуно је јасно да Ур-Намуов законик поседује висок степен секуларности и да је утицај религије много мањи него што је то случај у другим правним системима старог века (римски, хебрејски). Тај висок степен секуларности Ур-Намуовог законика доказује брз прелазак из примитивног друштва у цивилизацију. Право се у Сумеру јако брзо отиснуло од целовитог нормативног устројства, чија је главна окосница религија. Због тога су религија и право суштински два одвојена аутономна система, који се, ипак, никако не смеју посматрати као супротности, већ као два комплементарна ентитета, дакле два поретка која се допуњују, помажу и надомешћују међусобне празнине. Због тога је религија, колико год да је имала мали утицај на сам законик, морала да постоји (поготово за једну цивилизацију која је метеорском брзином изашла из периода племенског друштва). Дакле, она је суспитијарни, али обавезни, извор регулације људског понашања. И за то надомешћивање је, опет, Ур-Намуов законик добар пример. Како би његов законик био, с једне стране, што правичнији, а са друге, што прихваћенији, владар је морао да искористи религију, тј. укорењени страх свог народа од ње, у циљу спровођења и оправдавања својих правила, као и за додавање легитимности свом владарском статусу. Једноставно речено, био је краљ јер су га „изабрали богови“, и из тог разлога су га се људи плашили и следили његова правила. Може се рећи да је оваква концепција оличена у прологу, чисто дело владара. С друге стране, одредба о божјем суду представља тешко искорењиви начин доказивања која потиче из дубоке старине и коју је владар, на неки начин, био приморан да кодификује. Међутим, и ова одредба је могла да се искористи на добар начин – људи су веровали у божју интервенцију и плашили је се, те је и то подизало степен нормираниости понашања појединца. Најзад, одредба о заклетви доказ је да су и даље постојале многе тековине примитивнијих времена (Акадски период) коју, опет, није било потребно уклонити због њене утилитарне функције у правном систему (снага заклетве као апсолутног необоривог доказа).

На крају, када се све ово сагледа, тешко је одолети закључку да је Ур-Намуов законик, исто као и цивилизација која га је подарила правној историји – Сумер – у великој мери потцењен. Овакво виђење можемо посматрати из две равни. Прво, читавој месопотамској историји

даје се много мање пажње него египатској, грчкој или римској, а заправо, живот какав данас познајемо настао је у древном Сумеру. С друге стране, ако гледамо само цивилизацију древних народа Међуречја, Хамурабијев законик је постао симбол правног система ове регије, док се његов праотац, Ур-Намуов законик, тек спорадично спомиње, ако не у делима посвећеним клинописној тематици, онда сигурно у литератури општијег типа (на пример, уџбеници, прегледи и сл.).

БИБЛИОГРАФИЈА

ИЗВОРИ:

- Ur-Namuov zakonik, Marko Višić, *Zakonici drevne Mesopotamije*, Službeni list Srbije i Crne Gore, Beograd 2003, 131–135
- Ур-Намуов законик, Војислав Станимировић, *Хресѿомаѿија за уѿорегну ѿравну ѿрадицију*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016, 11–15.
- Martha T. Roth, *Law collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Scholars Press, Georgia 1995.

ЛИТЕРАТУРА:

- В. А. Авдијев, *Исѿорија Сѿароѿ исѿока*, Издавачко предузеће Народне Републике Србије, Београд 1952.
- Jeremy A. Black, Anthony Green, *Gods, demons, and symbols of ancient Mesopotamia: an illustrated dictionary*, The British Museum Press, London 2004.
- Stephanie Dalley, “Ancient Mesopotamian Gardens and the Identification of the Hanging Gardens of Babylon Resolved”, *Garden History*, vol. 21, 1/1993, 1–13.
- Samuel Noah Kramer, *The Sumerians: Their History, Culture and Character*, University of Chicago Press, Chicago, 1963.
- Samuel Noah Kramer, “The Ur-Nammu Law Code: Who Was Its Author?”, *Orientalia*, Nova Series, vol. 52, 4/1983, 453–456.
- Samuel Noah Kramer, *History Begins at Sumer: Thirty-Nine Firsts in Man’s Recorded History*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1956.
- Амели Курт, *Сѿари исѿок*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 2004.
- Bertrand Lafont, Raymond Westbrook, “Mesopotamia: Neo-sumerian period (Ur III)”, Raymond Westbrook (ed.), *A History of Ancient Near Eastern Law*, Brill, Leiden-Boston 2003, 183–227.
- Niels Peter Lemche, *Biblical Studies and the Failure of History*, Taylor & Francis Ltd, London – New York 2013.

- Vojislav Stanimirović, Dragica Vujadinović, „Pravni okvir za skicu patrijarhalne porodice u Mesopotamiji“, Dragica Vujadinović, Vojislav Stanimirović (ur.), *Studije roda*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 73–95.
- Војислав Станимировић, „Нови поглед на Хамурабијев законик (I део)“, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2011, 133–159.
- Émile Szlechter, “A propos du code d’Ur-nammu“, *Revue d’Assyriologie et d’archéologie orientale*, vol. 47, 1/1953, 1–10.
- Émile Szlechter, “Le code d’Ur-Nammu“, *Revue d’Assyriologie et d’archéologie orientale* vol. 49, No. 4 1955, 169–177.
- Douglas Frayne, *Ur III Period (2112–2004 BC)*, University of Toronto Press, Toronto – Buffalo – London 1997.
- William Hallo, “The Coronation of Ur-Nammu“, *Journal of Cuneiform Studies*, vol. 20, 3–4/1966, 133–141.
- Donald Hawley, *The Trucial States*, Allen & Unwin, London 1970.
- Max Weber, *The Sociology of Religion*, Methuen & Co. Ltd, London 1965.
- Fatma Yildiz, “A Tablet of Codex Ur-Nammu from Sippar“, *Orientalia*, Nova Series, vol. 50, 1/1981, 87–97.

Bogdan P. STOJANOVIĆ*

REVIEW OF THE INFLUENCE OF RELIGION ON UR-NAMMU'S CODE

Summary

The Sumerian civilization left us, among their many achievements, the oldest preserved law code – the Code of Ur-Nammu, over four millennia old. Seeing how this legal code is mainly of a secular nature, the connection between it and the polytheistic Sumerian religion seems indirect at first sight. However, religion is, in fact, one of the crucial factors which allows us to understand both this one and the later cuneiform law codes. The religious influence is most prominent in the prologue of the legal code, which depicts the ruler as a god incarnate. The legislator uses religion, which had an enormous influence on daily life in all ancient civilizations, as a powerful tool which could help him achieve his goal – placing all segments of society under his command. It exerted less influence on the norms of the legal code, though even there the contents are not entirely secular. The religious base is found in two provisions concerning the ordeal by water, an irrational judicial practice established on the belief that a god, as supreme judge, would not allow the lawbreaker to avoid punishment. Finally, one norm which concerns the oath is directly connected to religion.

Key words: *Ur-Nammu*. – *Prologue*. – *Ordeal*. – *Oath*.

Рад приспео / Paper received: 15.6.2020.

Измењена верзија / Revised version: 21.9.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 22.9.2020.

* The author is a first-year student at the University of Belgrade Faculty of Law, bogdanst622@gmail.com

UDC 347.625-055.2(38)

CERIF: S130, H210, H300

DOI: 10.51204/HLH_20102A

Isidora FÜRST*

ПОЛОЖАЈ ЖЕНЕ АНТИЧКЕ ГРЧКЕ У БРАЧНОМ И ПОРОДИЧНОМ ПРАВУ

Правни положај жене у античкој Грчкој разликовао се збој неуједначености државној и друштвеној уређења пописа. У оквиру и патријархалне друштвене организације старог века, положај жене у друштву и породици античке Грчке крећао се од њене потпуне обесправљености до делимичне равноправности са мушкарцем. Предмет рада су питања која се односе на карактеристике правног статуса жене у породици (oikos) и браку (gamos), уз анализу услова који су утицали на стварање и одржавање такве специфичне правно-социјалне творевине. У раду се анализира институција брака и деликт прелюбе. Аутор пружа компаративни приказ породичних и брачних институција у три пописа: Атини, Спарти и Коринти. Посматра се питање да ли формално бољи правни положај нужно упућује на једнако повољан друштвени статус. У закључку рада даје се оцена правног статуса жене у старој Грчкој, посматраној из перспективе патријархалној и класној уређења тога доба, а у складу са схватањем грчког духа.

Кључне речи: Попис. – Породица. – Брак. – Мираз. – Прелуба.

1. УВОД

Хеленима историја приписује увођење напредних политичких концепција, разумевање основних принципа демократије, стварање првих наука и развијање културе и уметности. Право старе Грчке карактерисао је својствени поглед на индивидуалност, међутим, пери-

* Аутор је студент прве године основних студија Правног факултета Универзитета у Београду, isidora.first@gmail.com

од антике остаје упамћен и по поретку који је већински почивао на обичајним правилима и патријархалном класном друштву. Положај жене у античкој Грчкој, из тог разлога, нужно се мора сагледати у светлу специфичности тадашњег друштва и комплексности карактера старих Грка.

Приликом анализе друштвено-правног статуса жене у античкој Грчкој, управо због великог броја фактора који су утицали на стварање његових особености, не сме се прибегавати брзој и коначној оцени. У наставку рада биће изнете тезе засноване на начелним особинама правног статуса жене у породичном и брачном праву, у више периода и полиса, а важно је напоменути да су постојале значајне несразмерности унутар правног поретка старе Грчке.

Ни у једном периоду своје историје, грчко античко друштво није било јединствена и уравнотежена целина. Стара Хелада била је скуп полиса који се нису развијали истом динамиком, а њихови друштвени системи, из тог разлога, никада се нису нашли у истој равни. Иако је право античке Грчке пролазило кроз низ значајних промена, посматрано са ове временске дистанце, наука уочава одређене јединствене особине правног система кроз периоде од микенског до хеленистичког доба и одређене значајне неуједначености у друштвеним и државним уређењима полиса у истом периоду.

Правни положај жене у античкој Грчкој, било у држави и друштву или у породици и браку, може се посматрати са два примарна аспекта – у односу на норме и вредности савременог друштва (у којем случају се третира као потлачитељски) или пак у односу на карактеристике робовласничког патријархалног друштва (у којем случају је проблематика итекако комплексна). Из перспективе савременог друштва, упркос различитостима у правном и државном уређењу старих грчких градова-држава (које су утицале на неуједначеност друштвеног система у свим сферама живота), положај жене у античкој Грчкој начелно се може тумачити као неповољан. Међутим, у патријархалним оквирима тога доба, поједина законска и обичајна решења могу се сматрати веома просвећеним.

Различита су виђења друштвено-правног статуса жене у античкој Грчкој и различити су начини на које се одлике правног положаја жене могу тумачити. Први разлог за немогућност расветљавања природе правног статуса жене у потпуности, јесте отворено питање о узроцима настанка и одржавања неповољног положаја жене. Неравноправност жене са мушкарцем можда се може приписати неразвијеној држави радије него уопштеном експлоататорском односу према женама. Спорно је да ли је прави разлог за устаљивање потчињеног положаја жене тадашње уврежено мишљење о њеној

подразумеваној подређености мушкарцу, или су особености статуса жене пак биле уобичајене у датој етапи друштвеног развоја. Такође, неопходно је разумети мотиве због којих је грчко друштво тежило за успостављањем и одржавањем „мушке владавине“ у којој жена није имала политичку и социјалну улогу, јер уколико је постојеће класно друштво важило за филозофски идеал, статус жене би напосто био последица једне основне друштвено-политичке идеје.

Својеврсни филозофски приступ старих Грка према праву и државном уређењу имао је значајан утицај на положај жене. Платон и Аристотел, међу својим савременицима сматрани „учитељима људског рода“, нису одолели промишљању о жени и њеном бићу. Док је Аристотел сматрао да је жена ниже биће које се по природи „покошава ради заштите“, ¹ Платон је говорио о једнакости и истоветности душе мушкарца и жене. ² Због утицајности идеја великих мислилаца на друштвене вредности и законе, било који закључак о стварању и примени права старе Грчке се мора ставити у контекст филозофских принципа на којима су тадашње државе почивале.

Поред неупитног филозофског деловања на грчко античко право, од пресудног значаја за формирање и постојање класног, патријархалног и неравноправног друштва био је историјски тренутак у којем се античка Грчка налазила. У најранијем периоду, грчко друштво живи по принципима племенског преддржавног уређења, али временом долази до структуралних промена, те матријархат бива замењен патријархалним вредностима. Матријархалне вредности очуване из старијег доба омогућавале су слободније и повољније услове за живот женама, што објашњава зашто је правни положај жене у неким неразвијенијим полисима наочиглед био веома повољан. ³ Могуће је да су трагови племенског уређења утицали на различитости у положају жене у полисима зато што су старији облици друштвене организације начелно више погодовали женама.

У очима правне историје издвајају се три грчка града-државе: Атина, Спарта и Гортина. Атина је била колевка демократије из које су потекли први политички принципи, Спарта је упамћена по ратним достигнућима и специфичној друштвеној организацији, а из критске Гортине долази најстарија европска кодификација. У наставку рада,

- 1 Aristotel, *Politika* (prevela Ljiljana Stanojević Crepajac), Kultura, Beograd 1970, 1252a.
- 2 Platon, *Država* (preveli Albin Vilhar, Branko Pavlović), Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd 2002, 455de.
- 3 Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 98 и даље.

из тог разлога, биће речи о сличностима и разликама у правном положају жене у ова три полиса. Узевши за чињеницу да су од пресудног значаја за формирање положаја жене у друштву биле норме породичног и брачног права (јер је породица била темељ државног и друштвеног уређења, а брак био неопходност за настанак породице), нужно је надаље анализирати положај жене унутар оикоса (*oikos*) и гамоса (*gamos*).

2. ПОРОДИЦА

Грчка породица била је више од заједнице супружника и сродника какву модерно друштво познаје – она је била верски, политички и економски ентитет. Оикос су сачињавали чланови уже и шире породице, покретна и непокретна имовина, имање, робови, животиње,⁴ али и обичаји и религија.

„Цео полис био је једна врста проширене породице, која је највећи део живота претварала у породични живот.“⁵ Сва права, обавезе и слободе установљене на нивоу полиса, пресликавале су се на породицу као основну јединицу грчког друштва. Оикос је живео као полис у малом – „природна“ правила на којима је почивало државно уређење важила су и у породичној организацији. Оикос је обухватао све сфере живљења старих Грка, а основна филозофија заснивала се на односу појединца и породице, и затим породице и државе. „Јер држава је по својој природи једно мноштво и постајући све више јединствена постаће од државе породица, а од породице човек. Могло би се, наиме, рећи да је породица јединственија од државе, а појединац од породице.“⁶

Оикос је био устројство засновано на строгој хијерархији пошто су стари Грци веровали да породица испуњава своју идеалну сврху друштвеног темеља онда када је моћ у различитој мери удељена њеним члановима. „Мушкарац је у односу на жену по природи бољи а она гора, и он влада а она се покорава. Овај исти закон мора да важи за све људе.“⁷ Из тог разлога, оикосом је управљао мушкарац (отац или муж), који је као врховни ауторитет доносио одлуке које су се тичале судбине свих чланова оикоса. Кириос (*kyrios*; у преводу – господар) био је задужен за сва важна питања у оикосу, те стога пра-

4 Douglas M. MacDowel, „The Oikos in Athenian Law“, *The Classical Quarterly* 39(1)/1989, 11.

5 Х. Д. Ф. Кито, *Грци*, Просвета, Београд 2008, 90.

6 Aristotel, 1261a.

7 *Ibid.*, 1254b.

ва чланова оикоса нису била једнака, а положај жене се формирао на специфичан начин.⁸ Пошто је сматрано да жена није способна да исправно одлучује о својим правним пословима, од рођења је била под влашћу свог оца или најближег мушког сродника.⁹ „Најранији човеков политички смисао огледа се у стварању породице, у којој је испрва све било заједничко, и која претходи стварању државе. Да им заједница буде чврста, потребно је да једно од њих управља и наређује, и то оно које се разумом може старати за породицу, а друго да слуша. Већ из породице и домаћинства развија се четворострук однос: господара према робу, мужа према жени, оца према деци и, напоследку, поседника према поседу и привређивању.“¹⁰

Иако се статус жене према нормама породичног права разликовао због неуједначености у друштвеном уређењу полиса и мењао током хронолошког развоја грчког античког друштвеног система, издвајају се основне одлике породичне организације и основне одлике породичног статуса жене.

У хомерско доба, друштвени и државни систем базиран је на родовском уређењу и моћи басилеуса у којем су инкорпорирана законодавна, извршна и судска власт у зачетном облику. Нема закона, нити постоји реч за закон, а краљеве „уредбе“ највиши су правнообавезујући акти. Одлуке краља су коначне, док се спорови решавају на бази преседана потеклих из обичаја.¹¹ Из наведеног, очигледно је да је, посматрано из перспективе развијеног друштва, правни поредак херојског доба био прилично неразвијен. У њему правни институти нису били прецизно дефинисани и регулисани, питања друштвене и правне заштите умногоме су припадала породичној организацији, а у таквом друштвеном уређењу примарни колективни циљ био је да се очува породица (која је била основни регулатор проблема свакодневног живота) зарад опстанка целе заједнице.

Строга правила у породици можда се могу оправдати потребом друштва за одржањем склада у полису, па се и разлици у личности у положају жена и мушкараца, радије него окрутности друштва, могу приписати свеопштој потреби за успостављањем неопходног друштвеног реда који држава тог доба није могла да обезбеди. Хијерархијско уређење унутар породичних заједница, у том

8 С. Аврамовић, В. Станимировић, 117.

9 Eva Cantarella, "Gender, Sexuality, and Law", Michael Gagarin, David Cohen (eds.). *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge University Press, Cambridge – New York – Melbourne 2005, 245.

10 Aristotel, 1253b.

11 Вил Дјурант, *Историја цивилизације: Животи Грчке*, Народна књига, Београд 1996, 66.

случају, значило би основ за одржање друштва. Могуће је да је став о „природној“ подређености жене у брачном и породичном животу опстајао у каснијим периодима управо захваљујући општој и увреженој мисли о човеку и држави, према којој је неправоправност чланова породице била неопходност.

Међутим, упркос чињеници да је жена у свим периодима развоја хеленског друштва била под влашћу мушког старатеља, овлашћења грчког кириоса у односу на чланове породице разликовала су се од касније строге римске *patria potestas*. У хомерско доба отац је имао *ius vitae ac necis* над децом.¹² Његова овлашћења у раном периоду грчке историје била су оличење норми једног патријархалног друштва, међутим, временом је утицај кириоса на чланове породице бивао све мањи. Одређена ограничења старатељеве свемоћи зарад заштите жене пример су позитивних одлика друштва које почива на строгим патријархалним вредностима, а многобројни извори такође сведоче о крајње повољним приликама за живот жене унутар самог оикоса. Муж и жена су равноправно обављали кућне послове и заједнички одлучивали о васпитању деце, а улога жене у одређеним сферама породичног живота била је чак доминантнија – она је организовала домаћинство и управљала кућним пословима.¹³ Приметна слобода деловања жене унутар оикоса (као темеља друштвеног уређења) била би доказ који иде у прилог идеји о ауторитативној улози античке жене.

Како је највећи број историјско-правних извора потекао управо из старог атинског полиса, особености друштвено-правног породичног статуса жене у античкој Атини увелико су познате савременој науци. Положај атинске жене у старом веку, у породичном, брачном и осталим областима права, такође се мора анализирати сходно специфичним околностима које су начиниле атинско друштво и државу.

Атина је била тло настанка демократске мисли, али, као и на почетку било ког развојног пута, постојали су многи проблеми са којима се друштво у променама суочавало. Изворна атинска демократија, настала из Драконових и Солонових закона, није била ни налик демократији садашњице, јер су грађани неправоправно учествовали у јавном животу – атинска „владавина народа“ била је владавина грађана одабраних на основу моћи и утицаја, богатства, година и, коначно, пола.¹⁴ У том смислу, неуједначено друштво неразвијеног

12 С. Аврамовић, В. Станировић, 117.

13 В. Дјурант, 63.

14 Аристотел, *Устав атински* (превео Нико Мајнарић), *Хрестоматија за Упоредну правну традицију*, Војислав Станировић (прир.), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 167–196.

правног система није било у стању да женама омогући права које ће оне касније уживати у модерном друштву.

Међутим, и у таквим приликама једној Атињанки су, захваљујући општем благостању полиса, биле на располагању одређене погодности у породичном животу – она је учествовала у вођењу домаћинства, била је материјално ситуирана, а њен лични интегритет био је правно заштићен. Жени у Атини је, такође, припадала изузетно значајна дужност бриге о деци.¹⁵ Атињанка је била господарица свог дома и заједно са мужем је организовала кућне гозбе и размењивала поклоне са гостима. Била је, осим тога, задужена за већи број свакодневних кућних послова и симболично је у рукама носила свежањ кључева од просторија у домаћинству. Муж је имао право да у те просторије уђе само уз дозволу супруге (или робине кућепазитељке, која је, такође, имала одређена овлашћења).¹⁶ Удруженост супружника у пословима који су се тицали домаћинства изражени су као идеална „заједница ума“ мужа и жене, јер је, за старе Атињане, први корак ка постизању друштвене хармоније било управо јединство мужа и жене у породици и кући.¹⁷

Према Ксенофону, оикос се посматрао као производна јединица, јединица потрошње и јединица у циљу репродукције. Саставни део оикоса који је почивао на наслеђеном богатству је била нуклеарна породица коју су чинили муж, жена и деца, а која је настала из брачне заједнице пажљиво одређених партнера.¹⁸ Новија истраживања показују да су чланство у оикосу уживала и лица која нису била део нуклеарне породице.¹⁹ Термин оикос могао се такође односити на кућу (материјални објекат) или на имовину која припада кући и домаћинству.²⁰

Иако друштвени положај жене у Атини остаје забележен као начелно непогодан јер она није уживала основну привилегију атинског друштва, тј. није могла да учествује у политичком животу, женина овлашћења унутар оикоса, контрадикторно томе, била су веома велика. Жена, по својој природи дужна да се покорава мушкарцу у

15 В. Дјурант, 63.

16 Hans van Wees., "The invention of the Female mind: Women, Property and Gender Ideology in Archaic Greece", Deborah Lyons, Raymond Westbrook (eds.), *Women and Property in Ancient Near Eastern and Mediterranean Societies*, Conference organized by the Center for Hellenistic studies – Harvard University, 2003, 21, <https://chs.harvard.edu/CHS/article/display/1219> (последњи приступ 10.8.2020.).

17 *Ibid.*, 22.

18 C. A. Cox, 131.

19 *Ibid.*, 135.

20 *Ibid.*, 132.

циљу стварања функционалне породице,²¹ није сматрана достојном потпуног грађанског статуса као мушкарац који служи својој сврси као *зоон политикон*.²² Интелигенција жене и њене вештине у управљању домаћинством биле су признате и препознате,²³ међутим, друштвено-правни статус жене у свим периодима ране атинске историје остаје донекле исти – жене у Атини нису уживале правну, пословну и процесну способност.²⁴

За сушту супротност атинском друштву узима се спартански систем, а положај жене у Спарти обично се сматра знатно повољнијим од положаја жене у Атини. Међутим, наизглед повољан положај жене у Спарти настаје под утицајем другачијих фактора. Права Спартанке постоје као резултат развојног стадијума на којем се спартанско друштво налазило, специфичних политичких околности у полису и колективистичког концепта својственог Дорцима.

Основни циљеви Спарте била су ратна освајања, те је, стога, и свакодневни живот био организован у складу са тим жељама. Колективистички дух који је владао Спартом онемогућио је развој унутрашње политике који је познавала Атина и обликовао је породичне заједнице на сасвим другачији начин.²⁵ Док је Атињанин био посвећен руковођењу породичним пословима, Спартанац је свој живот проводио у мушкој заједници у сталним припремама за ратовање. Широка овлашћења по питању породичних послова, из тог разлога, била су у рукама спартанске жене, која, за разлику од Атињанке, није имала кириоса који се старао о њеним правним радњама.²⁶ Забележено је да су жене у Спарти могле да наслеђују имања и робове којима су могле да располажу. Иако је нејасна природа својинског права жена у Спарти, извори сведоче да су Спартанке које су биле у статусу наследнице поседовале готово две петине земље у полису.²⁷

Истичу се одређене специфичности породичног права и положаја жене у породичном праву у Спарти. Значајна последица спартанског колективизма била је немогућност родитеља да учествују у одгајању и васпитању своје деце. О „ваљаности“ тек рођеног детета одлучивао је најстарији члан племена, на оцу је било да болесно и слабо дете остави у јами уколико се донесе таква одлука, а жена је могла да одгаја

21 Aristotel, 1252a.

22 Ibid., 1253a.

23 H. van Wees, 22.

24 С. Аврамовић, В. Станимировић, 119.

25 Ibid., 95–96.

26 Aristotel, 1269b, 1270a.

27 Ibid., 1270a.

дете само до седме године његовог живота (када је одлазило у агеле ради војних припрема).²⁸ Такође, спартанске породице су носиле трагове синдијазмичке породице,²⁹ а сродство се, захваљујући очуваном племенском схватању, рачунало по мајчиној линији.

Према Платоновој замисли о идеалној државној организацији, за исправни развој државе и друштва неопходно је постојање заједнице жена и деце.³⁰ Складна заједница у којој жене одгајају децу била би организована на посебан начин,³¹ а жене би, како би учествовале у одржању државне хармоније, морале да поседују исте вештине као и мушкарци.³² Овакво уређење, у Платоновој филозофији истакнуто као савршено, на први поглед наликује на спартански колективизам; међутим, док је у атинској филозофији оикос био примарни темељ државне организације, спартанско домаћинство није било творевина налик државној форми и у његовом моралу није постојала идеја да је хијерархијско уређење у оикосу и полису нужност. Можда је жена у Спарти, искључиво из тог разлога, уживала знатно бољи породични статус од жене у Атини. Међутим, узевши да је њен живот, као такав, био у потпуности посвећен интересима заједнице (о чему ће у наставку рада бити речи), тешко је рећи да је она имала истински повољан друштвени и правни положај у данашњем смислу те речи.

За даљу анализу друштвено-правног положаја жене у античкој Грчкој, превасходно у брачном и породичном праву, поред атинске и спартанске историје у обзир се мора узети и бисер грчког античког права – Гортински законик.³³

Гортински законик је једини пронађени законик из античке Грчке и најважнији споменик грчког права из прехеленистичког периода.³⁴ Овај општи правни акт, непознатог законодавца, најзначајнији је по својим одредбама које се тичу управо положаја жене. Норме Законика непосредно указују на статус жене у браку и породици.³⁵ На основу одредби Законика, свака жена, укључујући и робињу, била је

28 С. Аврамовић, В. Станимировић, 94.

29 *Ibid.*, 98.

30 Platon, 464b.

31 *Ibid.*, 451c.

32 *Ibid.*, 452a.

33 Гортински законик (превео Сима Аврамовић), *Хрестоматија за Упоредну правну традицију*, Војислав Станимировић (прир.), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 157–165.

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

субјекат заштите, а заштита живота и тела, као опште вредности и добра, такође дефинисана Законом.³⁶

Норме Гортинске кодификације указују на то да су питања правне заштите жена била кључни проблеми које је заједница морала да регулише у оваквом општем закону, а захваљујући чињеници да је гортинско државно уређење било веома слично спартанском (и Спарта и Гортина су градови-државе дорског племена), да се закључити да су односи у браку и породици донекле наликовали онима у Спарти.³⁷ Жена у Гортини је, као и Спартанка, имала пословну и процесну способност, као и делимичну слободу у одабиру супруга у случају када је као епиклера (*epikleros*) била дужна да пренесе очеву имовину на свог мушког наследника.³⁸ Са друге стране, налик жени у Атини, Гортињанка је живела у друштву строгог полног морала, у којем је, очигледно, била у обавези да одржава вредности „чистог“ оикоса.

Институт ћерке-наследнице (епиклерат), у Гортини означен именом *patrioikos*,³⁹ детаљно је дефинисан у Законику. Из одредби које се тичу наследног права и епиклерата, сазнаје се много о друштвено-правном положају жене. Жена у Гортини наслеђује половину покретности које би наслеђивао мушки наследник,⁴⁰ међутим, гортинска наследница, за разлику од Спартанке, не може да располаже оном имовином коју поседује у статусу епиклере.⁴¹

Гортински законик представља спој обичајних норми дорског друштва и законских норми које законодавац уводи као новину у друштво. Неспорно је да је, у погледу наследног и брачног права, жена у Гортини била у повољнијем положају од жене у Атини, међутим, дискутабилно је да ли су се такве погодности позитивно одражавале на њен породични живот. Одредбе законика не баве се кључним проблемима породичног живота и положаја жене у породици, а жена у Гортини, попут жене у Атини, налази се под ригорозном

36 *Ibid.*

37 „У понеким државама закони су усмерени на потчињавање суседних народа. Стога, мада у већини држава влада, да тако кажем, збрка у погледу највећег броја закона, ипак, ако постоји заједнички циљ коме сви закони теже, онда је то обезбеђење власти. Тако су у Лакедајмону и на Крети и васпитање и већина закона усмерени на рат.“ – Aristotel, 1324b.

38 С. Аврамовић, В. Станимировић, 105.

39 *Ibid.*

40 Stefan Link, „... but not more!“ Female inheritance in Cretan Gortyn”, Deborah Lyons, Raymond Westbrook (eds.), *Women and Property in Ancient Near Eastern and Mediterranean Societies*, Conference organized by the Center for Hellenistic studies – Harvard University, 2003, 12, <https://chs.harvard.edu/CHS/article/display/1219> (последњи приступ 10.8.2020.).

41 С. Аврамовић, В. Станимировић, 105.

влашћу свог кириоса и представља правно инфериорну фигуру у оикосу. Са друге стране, норме брачног права сведоче о већем броју правних погодности гортинске жене у односу на супружника.

Кодификација јасно осликава друштвени систем са израженом стратификацијом и правном неједнакошћу житеља полиса. Питање је на који начин су различити друштвени слојеви функционисали као складна и ефикасна друштвена целина. Независно од тога, гортински оикос је представљао домаћинство са свим препознатљивим породичним односима.⁴² Оикос је, такође, истакнут као центар економског живота појединаца који га чине, међутим, имовина није била саставни део саме заједнице. Из тог разлога, имовину су одвојено наслеђивали мушки и женски наследници, а имовина супружника није удруживана у виду института заједничке брачне тековине.⁴³

Разлике између оикоса у Атини, Спарти и Гортини нарочито су упечатљиве у погледу имовинских односа у породици. У Спарти је жена самостално и независно располагала породичном имовином, имовина жене у Атини била је везана за домаћинство у којем је она била у потчињеном положају, а гортински својинскоправни послови су били на специфични начин регулисани закоником. Позиција жене у односу на могућност располагања поседом, у Спарти и Гортини, на супрот Атини, превасходно је зависила од статуса жене у породичној заједници. Међутим, заједничка за сва три полиса јесте чињеница да жене у јавном животу и породичној заједници нису имале великог учешћа у питањима породичне имовине.⁴⁴

Стање у породичној заједници осликавало је свеопште друштвене одлике античког грчког друштва. Иако друштвено-правни поредак античке Грчке никада није био у потпуности јединствен и складан, јасно је да је породица, у каквом год облику, била од великог значаја у свим периодима и у свим полисима. Будући да оикос није постојао без брака као везе која је од две породице стварала једну нову, у наставку ће бити изнете основне одлике гамоса.

3. БРАК

Брак у античкој Грчкој се уговарао између жениног кириоса и младожење. Склапао се у кроз свечану ритуалну церемонију, уз присуство породице и пријатеља, уз обилно послужење, музику и игру. Тренутак почетка брачног живота био је прелазак жене у мужевљеву

42 Cynthia B. Patterson, *The Family in Greek History*, Harvard University Press, Cambridge – London 1998, 79.

43 *Ibid.*, 82.

44 *Ibid.*

кућу, а након формалног закључења брака, женин муж постајао је њен нови старатељ.⁴⁵ Брачни ритуал у религијском духу је трајао три дана и брачне церемоније су биле неизоставни део обичаја.⁴⁶

Стари Грци су сматрали да међусобно упознавање младића и девојака, као и узајамна осећања љубави и поштовања, треба да почну тек након закључења брака. Воља младенаца није била потребна, те је хеленски брак, насупрот савременој дефиницији и пракси, био институција која се није заснивала на субјективним елементима. „Љубав у правом смислу, као дубока узајамна нежност и брижност, Грцима долази после женидбе а не пре; она није искра која ће планути контактом или блискошћу два тела, већ плод дугог саучествовања у кућним бригама и делатностима.“⁴⁷

Први и основни циљ ради којег се склапао брак било је стварање потомства, међутим, подстицање брачног здруживања није било само у репродуктивне сврхе, већ је имало и дубљу религијску и политичку конотацију. Интересантно је да Хелени, нарочито у Атини, нису живели у великим породицама са много деце, пошто су веровали да би прекобројност у породичним заједницама представљала проблем у равнотежи склада у полису. Периклови закони налагали су да брачни пар треба да има двоје деце,⁴⁸ а Платон је био мишљења да је идеално стање породица коју чини брачни пар са једним сином и једном ћерком.⁴⁹ Према Платоновој филозофији, држава мора да има контролу над репродукцијом како би се одржало идеално стање заједнице. О томе сведочи следећи одломак из дијалога у „Држави“: „Тако што смо ми сложено утврдили да би најбољи људи што чешће морали да долазе у додир са најбољим женама, а најгори људи са најгорим женама што могуће ређе да би се, ако стадо жели да остане на висини, деца ових првих морала одгајати, а ових других не ...“⁵⁰ Осим тога, грађани Атине су живели у мирним и повољним условима, тако да није било потребе за рађањем великог броја деце која би обезбеђивала континуитет развоја заједнице. Првенствено из ових разлога, прекид трудноће и давање деце у ропство нису били реткост. Међутим, слобода рађања је за жену била ограничена, јер је право на прекид трудноће имала искључиво уз одобрење супруга.⁵¹

45 В. Дјурант, 326.

46 E. Cantarella, 246.

47 В. Дјурант, 62.

48 Ан-Мари Битен, *Сјара Грчка*, Clio, Београд 2010, 220–227.

49 Paula Kaulić, „Institucija braka i ceremonije povezane s time u grčko-rimskom svijetu“, *Rostra – časopis studenata povijesti Sveučilišta u Zadru* 2(2)/2009, 61.

50 Platon, 459de.

51 А.-М. Битен, 220–227.

Специфично поимање рођења и живота помагало је старим Грцима да контролишу број потомака и наследника – дете је сматрано човеком тек по истеку одређеног временског периода од рођења, када је у ритуалу иницијације постајало члан заједнице, а до ког тренутка је отац имао право да га одбаци и убије.⁵²

Према Аполодоросу, грчки закони нису дефинисали брак и брачну заједницу. Атински брак није био правна радња и није у потпуности јасно према којим елементима се формална правна заједница разликовала од конкубината или обичне заједнице живота. Иако је у пракси сматрано да је веридбени чин (*engue*) препознатљиви доказ за склапање брака, Аполодорос је наводио да је за формирање брачне заједнице неопходна изградња односа међу супружницима током времена.⁵³ Данас је истакнут став да је у предемократском периоду разлика између формално закљученог брака и неформално засноване партнерске заједнице била мања, док је у класичном периоду формални брак био прецизније правно дефинисан.⁵⁴

Поставља се питање које су биле правне последице неформалне заједнице у ранијем периоду атинске историје. На првом месту, проблем неформално засноване брачне заједнице огледао се у праву наслеђивања и грађанском статусу деце рођене у тој заједници. Уколико су оба родитеља били Атињани, положај наследника био је једноставно правно регулисан, а ванбрачна деца из заједнице у којој родитељи нису били истог друштвеног статуса дуговала су свој положај искључиво оцу.⁵⁵ Међутим, након првог периода, разлика између формално и неформално засноване брачне заједнице је све мања, па се тако постепено признаје и статус деце, а посебно синова, рођених и у неформалном браку. „Ванбрачна деца нису била велика срамота, а чак су под одређеним условима могли добијати право грађанства. За ванбрачног (*nothos*) сматрао се свако ко је рођен од пара који није закључио пуноважан брак, макар обоје били Атињани, као и уколико један од родитеља није Атињанин.“⁵⁶ Напредак у развоју брачног права представља тежњу Грка да под законитим наследницима и потомцима сматрају и оне који нису рођени у браку који је склопљен у прописаној форми.

У класичном периоду, брак је био моногаман и уговарао се у форми свечане куповине младе (*engue* – веридба, тј. споразум између

52 P. Kaulić, 61.

53 C. B. Patterson, 112.

54 Hans Julius Wolff, "Marriage Law And Family Organization in Ancient Athens", *Traditio*, Cambridge University Press, Cambridge 1944, 69–73.

55 *Ibid.*, 69.

56 С. Аврамовић, В. Станимировић, 117.

кириоса и младожење).⁵⁷ Поступак је био регулисан позитивним правом, које није препознавало неформални начин склапања брака, јер је институт брачне заједнице у овом периоду био од велике важности у атинском друштву. За Атињане, моралност заједнице одржавала се стриктним нормама брачног права, а брачни статус је био предуслов за одговорни и морални живот атинског грађанина.⁵⁸

Није сасвим јасна природа закључивања брака, узевши да су приметни елементи уговора о куповини невесте (који је симболично настајао предавањем женидбеног поклона – *hedna*), као и особине уговора о реалном обезбеђењу (грчка реч *engue* уједно значи и јемство).⁵⁹ Очигледно је да су правна форма и последице брачног уговора служиле размени имовинских добара; међутим, имајући у виду разлике између брака и купопродаје, може се рећи да је оваква размена служила одређеној практичној сврси, али да није имала ефекте и природу обичне куповине.⁶⁰ Предбрачне поклоне младожењина породица је давала младином кириосу, а за узврат, кириос је сносио трошкове будуће церемоније венчања. Осим хедна поклона, девојке су у периоду пре удаје добијале поклоне од удварача који су бесповратно припадали девојчиној породици.⁶¹

Бракови у Атини су били уговорени – родитељи девојке су одлучивали о избору њеног будућег мужа и њихов циљ био је да ћерку удају за мушкарца задовољавајућег друштвеног и економског статуса. Млада је обично имала око четрнаест година, при чему је младожења био у тридесетим годинама живота. Разлика у годинама може се објаснити потребом за успешном разменом имовине између породице и будућег супружника.⁶²

Посебно значајан утицај на позицију жене унутар породичне заједнице у свим полисима имао је мираз који је она доносила у брак. Институт мираза у античкој Грчкој био је својствен и његова правна природа другачија је него у савременом праву – мираз је био имовина која је прелазила у специфичну државину мужа са својине женине

57 P. Kaulic, 58.

58 С. Аврамовић, В. Станимировић, 118.

59 *Ibid.*

60 H. J. Wolff, 51.

61 Stephen Hodkinson, "Female Property Ownership and Status in Classical and Hellenistic Sparta", Deborah Lyons, Raymond Westbrook (eds.), *Women and Property in Ancient Near Eastern and Mediterranean Societies*, Conference organized by the Center for Hellenistic studies – Harvard University, 2003, 5, <https://chs.harvard.edu/CHS/article/display/1219> (последњи приступ 10.8.2020.).

62 Cheryl Anne Cox, *Household interests: Property, Marriage Strategies, and Family Dynamics in Ancient Athens*, Princeton University Press, Princeton – New Jersey 1998, 70.

породице. Наиме, мираз је, пре свега, био услов за закључење брака и обезбеђивао га је женин претходни кириос, обично отац.⁶³ Приликом церемоније склапања брака, постојао је моменат реципрочности путем којег је младин отац младожењи давао мираз, а младожењин отац младином оцу одређена средства којима је куповао невесту. На овај начин, и један и други оикос који учествују у формирању брака су могли да буду сигурни да неће бити умањени за имовину, а таква размена међусобне имовине путем склапања брака често је била први разлог за брак.⁶⁴ Вредност мираза зависила је од економског стања породице и мираз је износио од 5% до 25% очеве имовине.⁶⁵

Основна карактеристика института мираза у атинском праву било је овлашћење жениног мужа као новог кириоса да њиме располаже, али ипак уз одређена ограничења. Наиме, муж није имао право да сасвим отуђи женин мираз и није имао право да њиме отплати своје дугове. Такође, приликом развода брака, чак и у случајевима женине прељубе (која се узимала за најчешћи бракоразводни разлог), жена се заједно са својим миразом враћала примарној породици, односно у оикос свог претходног кириоса или оикос његовог наследника. Син је имао право да наследи мираз своје мајке након очеве смрти, у виду посебно издвојене имовине, док се у случају смрти жене која није имала сина наследника мираз враћао њеној породици.⁶⁶ Када је био у питању брак без деце, након мужевљеве смрти, жена се заједно са својом миразном имовином враћала претходном дому, а у случају смрти своје супруге, муж је био дужан да миразну имовину врати њеној породици.⁶⁷ „Миразна имовина се обезбеђивала специфичним видом залоге у корист кириоса жене (*apotimema*), ако би дошло да развода.“⁶⁸ Овакав облик института мираза постојао је у Атини, док је у другим грчким полисима било одређених разлика у погледу склапања брака и размене породичних добара.

Из наведеног, закључује се да је у брачном праву препознат институт посебне имовине која је била правно заштићена. Међутим, приметно је да су правила која се тичу заштите женине имовине, уз велики број других института који се односе на породично и брачно право античке грчке, установљена у корист колектива (оикоса) а не зарад појединца (жене). У сваком случају, без обзирања на мотиве

63 Н. J. Wolff, 39.

64 *Ibid.*, 61.

65 E. Cantarella, 247.

66 Н. J. Wolff, 61.

67 С. Аврамовић, В. Станимировић, 118.

68 *Ibid.*

и разлоге, за чињеницу се узима да је мираз био женин својеврсни гарант породичног статуса.

Познато је да је институт развода постојао у древној Грчкој, а мушкарац у Атини имао је право да се слободно и у сваком тренутку разведе без навођења посебног бракоразводног разлога.⁶⁹ Једина обавеза мужа у случају репудијума била је враћање мираза жени,⁷⁰ међутим, приликом једностраног развода брака мушкарац је често неформално тражио од жене и њене породице пристанак и договор.⁷¹ Интересантно је да је и жена сама могла да одлучује о судбини брака, па јој је било дозвољено да од архонта затражи развод, о којем захтеву је он доносио одлуку.⁷² Реч је о ситуацији у којој је жена самовољно или према налогу кириоса напуштала дом. Постоје различити подаци у вези са иницирањем развода брака од стране жене и неки аутори сматрају да је развод у Атини могло да затражи и треће лице (обично женин отац), најчешће зарад предаје жене другом мужу.⁷³ Из Демостенових говора може произићи да је жена имала идентично право на покретање развода, но јасно је да је, упркос појединим одредбама које су јој гарантовале некакву правну заштиту у браку и приликом развода, положај Атињанке у браку остао прилично неугодан.⁷⁴

Након развода брака, жена која није имала потомство враћала се под старатељство своје породице, тачније, под власт свог оца или брата. Удовица која је имала наследнике обично је остајала у оикосу преминулог супруга, али је постојала могућност да се у неком тренутку врати под контролу своје примарне породице. Иако је жена предата у брак у специфичном виду купопродајног уговора, њено одвајање од примарне породице никада није у потпуности остварено.⁷⁵

Премда су постојали одређени инструменти обичајног права који су донекле уједначавали полове, жена је, за разлику од мушкарца, током брака била строго обавезана на верност. Стари Грци плашили су се жениног потенцијалног неверства вероватно зато што је прељуба отварала питања очинства, праведног наслеђа и грађанског статуса. У атинским законима посебно место су заузимале одредбе

69 Carlos F. Norena, "Divorce in Classical Athenian Society: Law, Practice and Power", *Past Imperfect* 7/1998, 6.

70 E. Cantarella, 246.

71 C. A. Cox, 71.

72 C. F. Norena, 10–12.

73 E. Cantarella, 247.

74 C. F. Norena, 14.

75 H. J. Wolff, 47.

које су се бавиле прељубом и силовањем, међутим, нису све жене биле подједнако правно заштићене. Наиме, литерарни извори сведоче да су постојале две категорије жена – „поштене“ и „друге“. Поштеним женама сматране су оне које су живеле у домаћинству под старатељством кириоса, а „другима“ су припадале оне које су неудате живеле саме. Уколико је „поштена“ жена ступила у сексуални однос са другим мушкарцем, сматрано је да је или заведена или присиљена. У том смислу, закон је регулисао правне радње само оних које су биле под влашћу кириоса, док „другима“ нису били на располагању инструменти правне заштите. У Хомеровим еповима, ову поделу жена на „заведене“ (тј. поштене) и „заводнице“ (тј. друге), преузели су први атински закони, на тај начин јачајући неравноправност жена у светлу брачног права.⁷⁶

За разлику од модерног права у којем је силовање дефинисано као кривично дело против полне слободе, а при чему прељуба не припада сфери кривичног права, у атинском законодавству поглед на та питања био је сасвим другачији.⁷⁷ Крајње је необична чињеница да је деликт силовања блаже санкциониран од прељубе. Правно гледано, сматрано је да је жена као жртва силовања претрпела мању штету од жене која је заведена.⁷⁸ Закључак да је завођење жене било теже кривично дело од силовања, ставља се у контекст превласти мушкарца над оикосом. Наиме, завођење жене (тј. навођење жене на чин прељубе), Атињани су доживљавали као повреду части и статуса њеног мужа. Силовање је, такође, посматрано из перспективе кириоса, јер мера против учиниоца кривичног дела није била у корист жртве, већ у корист супруга којем је нанета штета.⁷⁹

Према Драконовим законима, прељубницима је била одређена смртна казна уколико су ухваћени *in flagrante*, док је за силовање смртна казна следила само уз пресуду атинског суда који су чинили искључиво мушкарци.⁸⁰ Закони су се односили само на „заштићене“ жене (оне под влашћу кириоса) и имали су двојаку сврху – да осигурају власт кириоса над женом и да очувају чистоту заједнице.⁸¹

Термин коришћен за прељубу био је *πορνεία*, а осим на деликт неверства који је извршила супруга кириоса, односио се и на све оста-

76 E. Cantarella, 238–239.

77 Jamie Pretorius, „Rape and Infidelity: Threats to the Athenian Πόλις and Οἶκος“, *Fundamina* 23(2)/2017, 40.

78 *Ibid.*, 41.

79 *Ibid.*, 41, 55–56.

80 *Ibid.*, 39.

81 E. Cantarella, 239–240.

ле жене које су биле под његовим покровитељством и учиниле недозвољену радњу.⁸² Деликти прељубе и силовања разликовали су се на основу два елемента: примене физичке силе и пристанка лица.⁸³ Прељуба је доживљавана као увреда мужа и сматрано је да је смртна казна адекватна спрам кривице жене која је дозволила да буде заведена од стране другог мушкарца.⁸⁴ Иако је прељуба жене строго санкционисана, није било закона који је прописивао казну за мужа који је починио неверство.⁸⁵

У каснијим Солоновим законима је одржан принцип непосредне одмазде који се односио на то да је мушкарац имао право да убије љубавника своје супруге. Такво убиство сматрано је праведним, а у складу са обичајним нормама, на мужу је било да одлучи о казни која ће се применити. Муж је имао право и да затражи новац од жениног љубавника као надокнаду нематеријалне штете, а након свега тога опет није био у обавези да се од жене прељубнице разведе, иако је до развода скоро увек долазило у пракси пошто би муж који је жени опростио прељубу био јавно подвргнут руглу и срамоти.⁸⁶ Једини начин на који су се закони формално борили против прељубе и силовања било је прописивање смртне казне за мушкарца учиниоца који је затечен *in flagrante*, док су блаже казне за ове деликте биле препуштене обичајној пракси.⁸⁷

Поставља се питање зашто је развод мужа од жене прељубнице био готово неминован. Одговор лежи у начину на који је оикос био организован, тачније, у начину на који се одржавала чистота атинског грађанства у полису. Уколико очинство није могло да се утврди са сигурношћу, постојала је могућност да статус грађанства наследе деца чији родитељи нису били атинске крви.⁸⁸ Пошто је закон који је санкционисао прељубу био у циљу заштите оикоса (на тај начин и целог полиса), завођење жене и чин прељубе могао је да искористи било који мушкарац зарад освете према дотичном кириосу. Из тог разлога, чак и најразвијенији атински закони третирали су неверство драстичним мерама.⁸⁹ Интересантно је виђење да је прељуба била област у којој се огледао грчки такмичарски дух, јер су Атиња-

82 Chris Carey, „Rape and Adultery in Athenian Law”, *The Classical Quarterly* 45(2)/1995, 407.

83 *Ibid.*, 408.

84 J. Pretorius, 58.

85 *Ibid.*

86 С. Аврамовић, В. Станимировић, 119.

87 E. Cantarella, 244.

88 C. Carey, 416.

89 *Ibid.*, 417.

ни сматрали да моћ и статус мушкарца леже у његовој способности да заведе туђу супругу, при чему је, са друге стране, осрамоћен био онај мушкарац чија је супруга заведена.⁹⁰

Из многобројних разлога, до развода брака је ипак често долазило, те је атинско друштво на све начине покушавало да одржи склад међу члановима породице, чврсто верујући да се стање гамоса и оикоса пресликава на цео полис. Од супружника се очекивало да очувају брак и решавају међусобне проблеме и несугласнице (првенствено зарад потомства) и сматрало се да се дубоко поштовање и поверење између партнера развија тек након рођења деце.⁹¹ Посебно је занимљива чињеница да стари Атињани нису имали посебну реч за развод брака, што се може тумачити осетљивошћу Грка на брак и породицу.⁹²

Међутим, иако су ожењеном мушкарцу били дозвољени изванбрачни односи,⁹³ законским потомцима и наследницима сматрана су само деца прве жене, што сведочи о тежњи законодавца ка очувању традиционалних института брака и породице у којима су уочљиви и трагови примитивне друштвене организације. Осим што је имао права на виšekратну женидбу, мушкарцу је било дозвољено да ступа у односе са хетерама, тј. „дружбеницама“ које су пружале телесно и духовно задовољство, и конкубинама одн. робињама и проституткама.⁹⁴ Међутим, пре него ли се овакав друштвени модел припише искључиво неправедној потчињености и непоштовању жене у браку, важно је истаћи да су законске супруге, захваљујући општој концепцији полиса, уживале знатно бољи положај од других жена са којима би мушкарац био у љубавном односу. Цитат из судске беседе логографа Аполодоруса, изнете против хетере Неере која се незаконито удала за Атињанина Стефана, гласи: „Лепо је имати хетере и робиње, али када дођемо до суштине ствари, од које зависи опстанак нашег полиса и одржање наших домаћинстава, коме се обраћамо? Својим женама.“⁹⁵ Аутор је нагласио да „овај одломак, не само да не подразумева презрење за супругу, већ је и уздиже далеко изнад других жена.“⁹⁶

90 *Ibid.*

91 C. A. Cox, 72.

92 C. F. Norena, 14.

93 B. Дјурант, 326.

94 *Ibid.*, 322.

95 НАведено према: X. Д. Ф. Кито, *Грци*, Просвета, Београд 2008, 272.

96 *Ibid.*

У брачном праву Спарте, уочљива су донекле слична правила и институти. Спартанка је такође била под влашћу кириоса (мужа након удаје), мираз је био услов за склапање брака, веридбу је уговарао примарни кириос (отац) и од раног детињства Спартанка се спремала за улогу супруге и мајке. Међутим, као специфичност у брачном праву у Спарти истиче се пуна полна слобода жене. Жена је од свог мужа могла да затражи одобрење да има односе са другим мушкарцем, а таква прељуба није кажњавана.⁹⁷

Иако је очигледно да су биле присутне одређене матријархалне вредности, ипак је постојала строга формална контрола над женином удајом. Отац или најближи мушки рођак уговарао је веридбу за неудату ћерку, а уобичајено је било склапање брака отмицом. У Спарти је, такође, уобичајен био ендогамни брак код припадника више класе зарад одржавања економски стабилне породичне заједнице.⁹⁸ Моногамија је занемарена како би под било којим околностима дошло до рађања новог потомства, због чега је и полиандрија била укореењен обичај – често се дешавало да неколико браће има једну супругу.⁹⁹

Спартанско друштво је охрабривало брачно здруживање и развод је био обавезан уколико супружници нису имали потомство.¹⁰⁰ Трагови синдијазмичког брака и рачунање матрилинеарног сродства омогућили су женама у Спарти либералнији брачни живот, међутим, имајући у виду циљеве и вредности спартанске заједнице, остаје нејасно на који начин се друштвено-правни статус Спартанке може дефинисати.

Познате су, такође, одредбе Гортинске кодификације које се тичу жениног положаја у браку и сведоче о правним приликама у овом полису. Гортински законик инкриминише деликте прељубе, покушаја прељубе (тј. завођења жене) и силовања, и за њих прописује новчану казну чија висина зависи од неколико елемената: у случајевима извршења деликта силовања, висина казне је била одређена у односу на друштвени статус жртве (највиша казна је била у случају силовања слободне жене или слободног мушкарца), а у случајевима покушаја обљубе рачунала се у односу на брачни статус (виша казна је била у случајевима покушаја обљубе над неударом женом).¹⁰¹ Из наведеног произилази да су поделом дела против полне слободе стари Грци правили разлику у степеновању друштвене опасности на

97 С. Аврамовић, В. Станимировић, 98.

98 S. Hodkinson, 10.

99 *Ibid.*, 11.

100 С. Аврамовић, В. Станимировић, 99.

101 *Ibid.*

сличан начин како то чини савремено право, као и да су имали свест о важности заштите телесног и душевног интегритета жене.

Посебан део законика посвећен је институту патриоикос и регулацији брачних питања у том случају. Гортинска епиклера била је у обавези да се, након смрти оца, а зарад преношења његове имовине на свог наследника, уда за крвног сродника према редоследу који је утврђен законом. Уколико је већ била удата у браку без деце, морала је да се разведе и уда за рођака. У супротном јој је законик допуштао да донесе слободну одлуку о даљем брачном животу.¹⁰² Систем преношења наследства посредством епиклере (комплексније спроведено право репрезентације), није успостављен искључиво из практичних разлога, тј. зарад преношења права власништва, већ је укључивао и аспекте религије, морала и субјективних околности.¹⁰³

Интересантна је чињеница да се за прељубу у Гортини кажњавао само мушкарац, пошто је очигледно, био третиран као искључиви кривац за неверство. Такав правни куриозитет се можда може образложити потенцијалним ставом старих Грка да је жена (ипак) само објекат мушких планова, жеља и нагона, пре него равноправни учесник у мушко-женским односима.

Гортински законик је дозвољавао развод који је могао да буде инициран и од стране жене. У случају развода, жена је имала право да задржи свој мираз и имала је право на половину прихода стечених од њене посебне имовине. Такође, имала је право и на половину онога што је сама, својим радом стекла (тј. „половину свега што је уткала“), а специфична је и одредба која жени, поред такве цивилизоване деобе брачне тековине, даје право на новчани „бонус“ у случајевима када је муж узрочник развода.¹⁰⁴ Иако је законом је прописано да епиклера има извесну слободу у одабиру супруга, она није у могућности да располаже имовином коју треба да пренесе мушком наследнику.¹⁰⁵

Кодификација, премда фрагментарно очувана, јасно приказује економску позицију удатих жена у Гортини. Међутим, иако су неке одредбе погодиле правном положају жене, мушкарци су у потпуности држали економску и политичку моћ у Гортини, при чему су нове правне мере уводили у складу са својим статусним намерама. У

102 С. Аврамовић, В. Станимировић, 105.

103 Сима Аврамовић. „Response to Monique Bile“, Gerhard Thür (ed.), *Symposium – Vorträge zur griechen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Böhlau-Verlag-Köln 1993, 55.

104 Гортински законик, 157–165.

105 С. Аврамовић, В. Станимировић, 105.

том смислу, прописане повластице нису брзо оствариване, нити су доследно и једнако примењиване на све жене у полису.¹⁰⁶

Очигледно је да је Гортински законик објединио племенске обичајне принципе (управо оне које наликују спартанским) и увео норме у духу напредније друштвене и државне организације (попут оних у атинском законодавству).

Многи аутори узимају упоредни приказ између Атине и Спарте као кључ за објашњење свих карактеристика у положају жене античке Грчке. Такво сагледавање друштвених и правних појава у Грчкој, међутим, може отворити велики број питања. С тим у вези, у наставку рада биће истакнут упоредни приказ сличности и различитости у друштвено-правном положају жене у породичном и брачном праву Атине, Спарте и Гортине.

4. АТИНА, СПАРТА, ГОРТИНА – анализа упоредним методом –

„Спартанске крилатице биле су дисциплина и ред, а атинске, слобода (*eleutheria*) и слобода мисли и говора (*parhesia*). Ради ли се о супротности? Свакако, али по грчким мерилима истовремено о два-ма половима исте целине.“¹⁰⁷

Атина и Спарта, два крајње различита полиса, означавају се као најразвијенији градови-државе у античкој Хелади, а њихова сасвим другачија устројства формирају сасвим другачије друштвене структуре. Устаљено је мишљење да је правни положај жене у Спарти био знатно повољнији од правног положаја жене у Атини, међутим, анализа на основу више фактора указује на то да ситуација није сасвим једнозначна.

Атинско друштво, стационирано на истом месту од првих времена, вековима је пролазило кроз спори и континуирани низ промена. У свом „Златном добу“ атински полис био је на врхунцу друштвеног и државног развоја – организација власти темељила се на начелима демократије, ублажене су класне разлике, усавршаван је правни систем и држава је била у општем привредном благостању. Са друге стране, Спарту су основали ратоборни Дорци, претходно уништивши тековине ахајске културе, а овај најмоћнији дорски полис је током целог

106 Michael Gagarin, „The Economic Status of Women in the Gortyn Code: Retroactivity and Change“, Gerhard Thür (ed.), *Symposium – Vorträge zur griechen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Böhlau-Verlag-Köln 1993, 70–71.

107 Vojtech Zamarovski, *Grčko čudo*, Alinari, Beograd 2004, 161.

свог постојања био на донекле истом нивоу друштвеног развоја, за-век утемељен на идеји преддржавног уређења.

Живот Спартанаца, и мушкараца и жена, у пуној мери је био подређен ратовима, а ригорозни закони били су неопходност за контролисање великог броја покорених становника Ахајаца, од којих су неки имали статус перијека, а неки статус хелота. Друштво Спарте није познавало атинска демократска начела, живело је према неписаном праву које се приписивало легендарном законодавцу Ликургу и било је затворено и ксенофобично.¹⁰⁸ Из тог разлога, многи елементи спартанског права остају загонетка савременој науци.

Из комедија и других дела античких грчких писаца, сазнаје се много о животу жене у породичној заједници. У делу „Грци“ наведено је да Ксенофонт из Атине изјављује како је „тешко за жену да изађе јер треба да служи мужа, одржава слушкињу будном, купа дете, храни га“.¹⁰⁹ Овај одломак може се тумачити на различите начине: у контексту формалне забране жени да напушта оикос или у контексту онемогућености жене да напушта оикос због преоптерећености кућним пословима (кућни послови, као што је речено, подразумевају и управитељство над домаћинством). Из наведеног произилазе два решења. Уколико је доиста постојала формална забрана женама да напуштају домаћинство, а која је за последицу имала искљученост жене из јавног живота, лако је закључити да је положај жене (нарочито Атињанке) био крајње неповољан. Са друге стране, уколико су жене ретко излазиле из домова само због преокупираности породичним обавезама, можда се може рећи да општи положај жене није био неповољан искључиво због тога што је њено учешће у породичном животу очигледно било велико.

Спарта је, насупрот Атини, често дефинисана као полис у којем је жена имала необично широк обим права, због чега је била у знатно бољем положају у односу на савременице из других полиса. Међутим, повољан положај Спартанке понекад се олако узима за премису у анализи друштвено-правног статуса жене у античкој Грчкој, тако да особености живота спартанске жене морају бити сагледане на више начина како би се избегао преурањени закључак. Наиме, уколико би се положај Спартанке приказао паралелно са положајем Атињанке, нејасно би било да ли су друштвене и правне повластице које су жене уживале искључиво резултат развојних фаза на којима су се налазила друштва ових полиса, или пак нечег комплекснијег.

108 С. Аврамовић, В. Станимировић, 93–99.

109 Х. Д. Ф. Кито, 270.

Кито у наведеној књизи отвара питање стварног положаја спартанског грађанина констатацијом да „иако делује да су Спартанци живели удобно од производа хелотског рада, њихов живот је у ствари био толико строг да би модеран човек, ако би му се дало да бира, можда пре пристао да живи као хелот него као грађанин“.¹¹⁰ На исти начин се може тумачити и положај спартанске жене у односу на атинску. Наиме, поставља се питање да ли је Спартанка – којој није било дозвољено да подиже своју децу, која је за примарни задатак имала рађање будућих ратника, која је имала обавезу да буде здрава и која није остваривала дубље емотивне везе са члановима своје породице, стварно била у објективно бољем положају од Атињанке. Атински патријархални оикос, начелно установљен на моногамном односу између супружника, био је први и несавршени облик нечега што ће од периода старог Рима до новијих дана представљати уобичајену форму породице.

Уколико би се атинско породично право једноставно ставило у паралелу са спартанским породичним правом које је још увек осећало трагове матријархата, лако би се могло закључити да је жена у Атини имала знатно скромнија права од жене у Спарти. Истовремено, уколико би се положај жене у античкој Атини сагледао у светлу модерног и просвећеног права, само због тога што жена практично није имала правну, пословну и процесну способност, њен правни положај био би оцењен као неприхватљив.

Иако су норме брачног права у Атини наизглед ригорозније од оних у Спарти, неопходно је истаћи да брак у Атини није био законски обавезан. Са друге стране, мушкарци у Спарти који би одбили да ступе у брак су били кажњавани, а не постоји доказ да је исти закон важио и за жене. Иако можда нису биле формално обавезне да се удају, Спартанке су биле извргнуте јавној осуди и порузи уколико нису биле у браку јер је брак био неопходност за достизање високог друштвеног статуса.¹¹¹ Такође, за први доказ у прилог ставу о тешком положају Атињанке у браку узима се чињеница да је она била строго обавезана на верност како не би извргла свог мужа руглу и срамоти, међутим, очигледно је да је и муж био дужан да заштити физичку безбедност своје супруге и да се стара да њена честитост не буде угрожена.¹¹²

Полна слобода Спартанке, која је представљала авангарду за већински конзервативно и патријархално античко друштво, постоја-

110 *Ibid.*, 107.

111 S. Hodkinson, 9.

112 C. A. Cox, 73.

ла је искључиво у прилог жениној дужности да дела у корист целе заједнице. Прељуба није кажњавана, погледи на брачни живот били су либералнији од атинских, колектив је доносио одлуке које су се тичале живота супружника и није било строгог хијерархијског уређења у породичној заједници.¹¹³ Овакав облик породичног и брачног живота био је последица начина на који је функционисао спартански друштвени систем, који, за разлику од атинског, у својој основи није имао препознатљиви оикос са свим елементима који су га чинили. Може се рећи да необавезаност жене на верност није постојала ради поштовања њених личних слобода, већ ради посредне користи колектива – жена је морала да у сваком случају „произведе“ будуће снажне ратнике.

Данашње схватање правног положаја жена у Спарти и Атини настаје под утицајем многих фактора, па се на тај начин слика спартанске жене ствара и на основу дела атинских писаца који нису крили непријатељска осећања према супраничком полису.¹¹⁴ Атињани су, у складу са својим вредностима, Спартанку сматрали неморалном и разузданом, па су је, можда пренаглашено, описивали у крајње негативном светлу. О различитостима у поимању права жена Атине и Спарте говори следећи одломак: „Попустљивост према женама такође је противна принципима лакедајмонске државе и наноси штету добром поретку у држави. Јер као што су делови породице човек и жена, јасно је да треба сматрати да се и држава слично дели на два дела, на мушко и женско становништво. Стога треба сматрати да у свим оним државама у којима је рђаво регулисано оно што се односи на жене, половина становништва нема закона. А то се десило и у Лакедајмону. Законодавац је хтео да целу државу учини крепком и мужевном и, што се тиче мушкараца успео је, али је потпуно занемарио жене. Оне живе раскалашно у сваком погледу а уз то и раскошно.“¹¹⁵ Овим речима Аристотел је описао спартанску жену у погледу политике и права, тврдећи да је слобода жена проблем за успостављање државне равнотеже. Атињани су због негативних осећања према Спарти често истицали мане спартанске жене тако што су говорили о правним овлашћењима и друштвеним повлашћима које је она уживала.

Премда спартанском стриктном друштвеном уређењу модерно друштво свакако може доста замерити, нису сасвим јасне околности под којима оно настаје као такво. Према мишљењу неких аутора,

113 С. Аврамовић, В. Станимировић, 98–99.

114 *Ibid.*

115 Aristotel, 1269b.

Спарта своју организацију и начин развоја дугује дорској традицији која је почивала на вредностима и циљевима усмереним ка освајању и покоравању. Након освајања Месине, Спартанци су морали да формирају специфично војничко друштво како би под контролом држали вишебројније робове. У заштиту владајуће мањине стали су и Ликургови закони, те је Спарта од свог најранијег периода била у једној врсти „полицијске“ приправности.¹¹⁶ Строга правила која су владала у таквом друштву у великој мери су ограничавала и спутавала обичан породични и брачни живот, што је довело до необичних односа између полова. Такође, док је Атињанка (иако у подређеном положају у односу на мушкарца) водила миран и обезбеђен живот, спартанска жена је и сама морала од раног детињства да свакодневно одржава своју физичку снагу, како би опстала у суровијим условима.

У том смислу, поставља се хипотетичко питање: да ли је погоднији живот правно и политички потлачене Атињанке, која је, међутим, имала делимичну аутономију у оикосу и гамосу, или живот друштвеноправно равноправне Спартанке, која је пак била репродуктивни објекат и још један „војник“ у рату. Уколико се упоредни приказ жене у Спарти и Атини сагледа на овај начин, намеће се закључак да се, из перспективе данашњице у којој су сва људска права подједнако важна, не може пуко контатовати да је положај Спартанке био повољан, нити да је положај Атињанке био неповољан, јер су и атинска и спартанска жена подређене – једна од стране друштвене идеје ратовања у циљу очувања државне снаге, а друга од стране друштвене идеје супрематије мушкарца у циљу очувања оикоса.

„За Грке је сама суштина живота била слобода живљења, мишљења, говора и поступања“.¹¹⁷ Следећи ове речи Вила Дјуранта (*Will Durant*), можда је логичнији закључак да је управо Атињанка, која је уживала све благодети културе и уметности, живела у складу са просвећеним хеленским духом и свиме што он подразумева. Норме брачног и породичног права јесу женама ускраћивале многе слободе, међутим, Атињанке су оне које историја памти.

Полазећи од става да су Атина и Спарта две крајности у погледу положаја жене, Гортинска кодификација може се сматрати скупом породичних и брачних норми избалансираних и уобличених у односу на те супротности, па би, у том смислу, Гортињанка била у истој мери била потлачена (попут Атињанке) и у истој мери ослобођена (попут Спартанке).

116 Х. Д. Ф. Кито, 105.

117 В. Дјурант, 86.

Гортински законик је штитио достојанство, психички и физички интегритет жене и гарантовао наследство ћерки-наследници. Међутим, прељуба је инкриминисана – за разлику од Спартанке, жена у Гортини није имала полну слободу. Са друге стране, извесна слобода избора супруга од стране епиклере, била би незамислива у Атини.¹¹⁸

Позитиван утицај на општи друштвено-правни статус жене у Гортини имају управо норме наследног права. Међутим, иако Гортићанка наслеђује половину покретности од оца или преноси непокретност као ћерка-наследница, слика наследног права и жена у Гортини је двосмислена. Наиме, законодавац је ограничио до које мере жена може да стекне имовину, чиме је погоршао њен правни положај, али је, истовремено, обезбедио начине за заштиту женине имовине у односу на сина или мужа. Овакав куриозитет можда се може сматрати последицом намере законодавца, који у првом плану свакако није имао својинска и економска права жена, да у корист мушкараца омогући шири правна овлашћења жени.¹¹⁹

Неспорно је да је гортинско право веома слично спартанском. Аристотел наводи: „Кретско државно уређење сасвим је блиско овоме. Њихово уређење у понеким стварима није горе, али је, у већем броју случајева недовољно дотерано. Вероватно је, а то се и говори, да је лаконско државно уређење подражавање кретског, а старе државе су већином горе уређене него новије.“¹²⁰ Очигледно је да је Аристотел, величајући атинску друштвену и правну развијеност, критиковао дорске крајеве у којима су били приметни остаци племенског уређења и примитивног права. Међутим, иако су Спарта и Гортина доиста почивале на истим вредностима, извесно је да су Спартанка и Гортићанка уживале различита права и слободе.

Уочљиво је да је развој друштвеног и правног система у античкој Грчкој учинио да жене изгубе повластице које су им припадале у преддржавно доба. Историја је, додуше, показала да је истинска еманципација жена могла бити достигнута тек по потпуном разилажењу од примитивних вредности и начела. Полна слобода жена у дорским полисима, из тог разлога, није била корак према достизању равноправности са мушкарцем, већ је, напротив, жену стављала искључиво у улогу репродуктивног објекта. Иако се не доводи у питање чињеница да је Атићанка живела у ригорозном патријархалном друштву, важно је истаћи да су атинска продуховљеност и просвећеност учиниле много за положај жене у браку и породици.

118 С. Аврамовић, В. Станимировић, 105.

119 S. Link, 9.

120 Aristotel, 1271b.

5. ЗАКЉУЧАК

Закони старе Грчке били су, пре свега, засновани на (филозофски идеалном) начелу супрематије државе у односу на породицу и затим, породице у односу на појединца. Вековима су се мислиоци бавили идејама старих Грка. Велики утицај на касније разумевање грчке античке филозофије имао је Хегел (*G. V. F. Hegel*). „Пошто је тако дефинисао човека, Аристотел вели: „Заједница људи сачињава породицу и државу али они су у таквом односу да је држава по природи (то јест суштински, супстанцијално, сходно своме појму, уму и истини, не по времену) првобитнија (*prius*) од породице (од природне везе, не умне) и од сваког појединца од нас.“¹²¹

Хелени су сматрали да човек (као људско биће) може да достигне свој пуни природни потенцијал само уколико своје капацитете остварује уз помоћ и у корист заједнице. „Живот за себе, живот одвојен од других људи, нема ничег племенитог, ничег људског. Бити човек (у старој Грчкој) значи боравити међу људима, живети са себи равнима.“¹²² Оваква начелна схватања улоге и положаја самог човека у држави као организацији и према држави као заједници, несумњиво су утицала и на формални и неформални положај жене унутар те организације и заједнице.

Целокупно право античке Грчке, стога, није на првом месту штићило интересе појединца, већ интересе државе. Из тог разлога, одредбе Ликургових закона у Спарти које се односе на жене вероватно нису ни имале за циљ да умање или повећају права жена, већ су тежиле да очувају основну идеју о ратничком, борбеном друштву. Такође, неписане правне одредбе које се односе на ограничења слободе кретања жене ван породичног дома у Атини, нису, највероватније, имале сврху бесциљног тлачења жена, него су, можда, постојале зарад заштите друштвене снаге оикоса као стуба целе државе. У савременом свету другачије је виђење грађанских слобода и личних права сваког појединца и док модеран човек живи слободно у друштву које тежи родној равноправности, човек старог доба своје место налази у класном, колективистичком друштву, свеприсутних неједнакости и ограничења.

У Платоновој филозофији, насупрот Аристотеловим уверењима, жена је била скоро равноправни члан заједнице, способан да у одређеној мери делује у корист очувања полиса. „Нема, према томе, никаквог посла у управи државе који би припадао жени зато што је жена, нити мушкарцу зато што је мушкарац, него су природне спо-

121 Georg V. F. Hegel, *Istorija filozofije II*, Kultura, Beograd 1970, 332.

122 Михаило Ђурић, *Хуманизам као ђолийички идеал: Оглед о грчкој култури*, Терсит, Београд 1995, 13.

собности подједнако подељене међу оба створења, и у свима пословима може по својој природи учествовати жена, и у свима пословима мушкарца, само је жена у свима слабија од мушкарца.¹²³ Међутим, јасно је да античка жена није уживала одређена основна права и слободе, те да, из тог разлога, није била у истински равноправном положају са мушкарцем.

Иако античка Грчка ускраћује женама права и слободе савременог света, тешко је рећи да је подређеност жена била последица дискриминације и уврежених предрасуда. Неповољни друштвени и правни положај жене вероватно је резултат свеопштих прилика и интереса античког грчког друштва, одн. резултат (не)могућности жена да учествују у остваривању основних циљева једног старовековног друштва, тј. ратних освајања.

Без обзира на евентуалне колективне мотиве и разлоге, било оправдане или не, почевши од тога да је жена, уз многа породично-правна ограничења, била ускраћена и за учешће у јавном и политичком животу (које је било привилегија човека грађанина и неизоставни део свакодневног живота), остаје чињеница да је живот тадашње жене у античкој Грчкој био знатно тежи од живота тадашњег мушкарца.

Међутим, уколико се посматра искључиво правни статус жене у породици или браку, очигледно је да су жене уживале одређене погодности и привилегије. Када се особености положаја жене у оикосу и гамосу у три издвојена полиса обједине, да се видети да је грчко античко право у значајној мери уважавало и штитило жену у улози супруге, мајке, управитеља домаћинства и наследнице. Атињанка је била цењена господарица свог дома, Спартанка је имала слободу одабира партнера, а Гортињанка је била законом одређена наследница. Живот античке Гркиње незамислив је у светлу вредности и идеала савременог друштва, међутим, може се закључити да је жена у старој Грчкој, нарочито у породици и браку, била поштована и вредна фигура.

Хуманистички приступ животу који су створили и неговали стари Грци, довољан је разлог да се било којој анализи друштвено-правних института древних Хелена приступи са неопходним поштовањем и сентиментом. Упркос томе што су поштовали строга, некада и сурова правила, која су владала у робовласничком систему, стари Грци су, за разлику од других савременика, стављали човека у епицентар свог друштвеног, духовног и културолошког стваралаштва. Управо такав филантропски старогрчки поглед на свет започео је стварање оних принципа који ће се у садашњости дефинисати као основне правне идеје савремене светске цивилизације.

123 Platon, 455de.

БИБЛИОГРАФИЈА

ИЗВОРИ:

- Aristotel, *Politika* (prevela Ljiljana Stanojević Crepač), Kultura, Beograd 1970.
- Аристотел, *Устави ајински* (превео Нико Мајнарић), Војислав Станимировић (прир.), *Хрестоматија за Упоредну правну традицију*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 167–196.
- Platon, *Država* (preveli Albin Vilhar, Branko Pavlović), Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd 2002.
- Плутарх, *Славни ликови антике* (превео Милош Ђурић), Матица српска, Нови Сад 1990.
- Гортински законик (превео Сима Аврамовић), Војислав Станимировић (прир.), *Хрестоматија за Упоредну правну традицију*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 157–165.

ЛИТЕРАТУРА:

- Сима Аврамовић, „Response to Monique Bile“, Gerhard Thür (ed.), *Symposium – Vorträge zur griechen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Böhlau-Verlag-Köln 1993, 53–60.
- Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017.
- Monika Bereš, „Položaj žena u antičkoj Grčkoj“, *Essehist – časopis studenata povijesti i drugih društveno-humanističkih znanosti* 8/2016, 16–21.
- Ан-Мари Битен, *Сјара Грчка*, Clio, Београд 2010.
- Michael Gagarin, „The Economic Status of Women in the Gortyn Code: Retroactivity and Change“, Gerhard Thür (ed.), *Symposium – Vorträge zur griechen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Böhlau-Verlag-Köln 1993, 61–71.
- Вил Дјурант, *Историја цивилизације: Живој Грчке*, Народна књига, Београд 1996.
- Михаило Ђурић, *Хуманизам као политички идеал: Оглед о грчкој култури*, Терсит, Београд 1995.
- Vojteh Zamarovski, *Grčko čudo*, Alnari, Beograd 2004.
- Мила Јовановић, „Нека разматрања о друштвеном положају жене од античког до буржоаског друштва“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 21/1981, 355–376.
- Paula Kaulić, „Institucija braka i ceremonije povezane s time u grčko-rimskom svijetu“, *Rostra – časopis studenata povijesti Sveučilišta u Zadru* 2(2)/2009, 57–69.
- Х. Д. Ф. Кито, *Грци*, Просвета, Београд 2008.

- Stefan Link, „...but not more!“ Female inheritance in Cretan Gortyn“, Deborah Lyons, Raymond Westbrook (eds.), *Women and Property in Ancient Near Eastern and Mediterranean Societies*, Conference organized by the Center for Hellenistic studies – Harvard University, 2003, <https://chs.harvard.edu/CHS/article/display/1219> (последњи приступ 10.8.2020.).
- Douglas M. MacDowel, „The Oikos in Athenian Law“, *The Classical Quarterly* 39(1)/1989, 10–21.
- Carlos F. Norena, „Divorce in Classical Athenian Society: Law, Practice and Power“, *Past Imperfect* 7/1998, 3–34.
- Cynthia B. Patterson, *The Family in Greek History*, Harvard University Press, Cambridge-London 1998.
- Jamie Pretorius, „Rape and Infidelity: Threats to the Athenian Polis and Oikos“, *Fundamina* 23(2)/2017, 39–61.
- Raphael Sealey, *Women and Law in Classical Greece*, University of North Carolina Press, Chapel Hill – London 1990.
- Georg V. F. Hegel, *Istorija filozofije II*, Kultura, Beograd 1970.
- Stephen Hodgkinson, „Female Property Ownership and Status in Classical and Hellenistic Sparta“, Deborah Lyons, Raymond Westbrook (eds.), *Women and Property in Ancient Near Eastern and Mediterranean Societies*, Conference organized by the Center for Hellenistic studies – Harvard University, 2003, <https://chs.harvard.edu/CHS/article/display/1219> (последњи приступ 10.8.2020.).
- Eva Cantarella, „Gender, Sexuality, and Law“, Michael Gagarin, David Cohen (eds.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge University Press, Cambridge – New York – Melbourne 2005, 236–253.
- Chris Carey, „Rape and Adultery in Athenian Law“, *The Classical Quarterly* 45(2)/1995, 407–417.
- Cheryl Anne Cox, *Household interests: Property, Marriage Strategies, and Family Dynamics in Ancient Athens*, Princeton University Press, Princeton – New Jersey 1998.
- Hans Julius Wolff, „Marriage Law And Family Organization in Ancient Athens“, *Traditio* 2/1944, 43–95.
- Hans van Wees, „The invention of the Female mind: Women, Property and Gender Ideology in Archaic Greece“, Deborah Lyons, Raymond Westbrook (eds.), *Women and Property in Ancient Near Eastern and Mediterranean Societies*, Conference organized by the Center for Hellenistic studies – Harvard University, 2003, <https://chs.harvard.edu/CHS/article/display/1219> (последњи приступ 10.8.2020.).

Isidora FÜRST*

POSITION OF WOMEN OF ANCIENT GREECE IN MARRIAGE AND FAMILY LAW

Summary

The legal position of women in Ancient Greece differed due to the inequalities in the state and social organisation of the poleis. The position of women in society, family and marriage in Ancient Greece ranged from their complete disenfranchisement to partial equality with men. The subject of the paper are the characteristics of the legal status of women in the family (oikos) and marriage (gamos), and the analysis of the factors that influenced the creation and sustention of such a specific legal and social formation. Dowry and the crime of adultery are analysed in the paper. The author provides a comparative overview of family and marriage in three poleis: Athens, Sparta and Gortyn. The question is whether a formally better legal position necessarily indicates an equally favourable social status. The conclusion of the paper gives an evaluation of the legal status of women in Ancient Greece, viewed from the perspective of the patriarchal and class system of that time, according to the understading of the Greek spirit.

Key words: *Polis. – Family. – Marriage. – Dowry. – Adultery.*

Рад приспео / Paper received: 11.8.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 29.8.2020.

* The author is a first-year graduate student at the University of Belgrade Faculty of Law, isidora.first@gmail.com

UDC 343(497.11)"12/17"

CERIF: S149, H220, H300

DOI: 10.51204/HLH_20103A

Василије З. МИТРОВСКИ*

УТИЦАЈ ВИЗАНТИЈСКОГ ПРАВА НА КРИВИЧНО ПРАВО У СРЕДЊОВЕКОВНОЈ СРБИЈИ

У раду се размањра утицај који је најредно и развијено византијско право вршило на право средњовековне српске државе у периоду од почетка XIII века до распада Душановог царства, за време којег је тај утицај досегао свој врхунац. Специфичне историјске и друштвене околности, потреба за pooшћравањем санкција и доминантан утицај православне цркве довели су до тога да се византијски утицај у највећој мери оледа на пољу кривичног права, тачније у систему кажњавања. Овај утицај породиао је међу Србе постепено и то директно из Византије, највише кроз превођење и преузимање значајних византијских правних зборника, али има и примера који показују улив римско-византијског права који долази из савременог приморских градова, који су садржали ово право захваљујући обновљеном праву Јустинијановог законодавства од стране лосајора. Аутор прати овај утицај и након смрти цара Душана и распада његовог царства, који досеже све до почетка XIX века.

Кључне речи: Византија. – Кривично право. – Српско средњовековно право.

1. УВОД

Питање о узајамним утицајима у правним системима једно је од основних питања историје права. Историјскоправна школа је, у првој половини XIX века, прогласила принцип по коме развитак права мора одговарати народном духу и стога је била склона да сваку ре-

* Студент прве године Правног факултета Универзитета у Београду, електронска адреса: mitrovskizm@gmail.com

Рад представља измењену верзију семинарског рада из предмета Српска правна историја.

цепцију туђег права сматра као штетну по народни дух. Ипак, данас сматрамо другачије: видимо да се народи не развијају у затвореном простору, него да се развитак културе састоји у томе што млађи народи примају од старијих културне творевине у свим правцима: у уметности, у техници и у свим гранама науке. Рецепција од културнијих суседа обично убрзава развитак дотичног народа и обично му доноси више користи него штете. Исти процес можемо пратити и у историји права. Познат је велики утицај који је вековима усавршава-ни систем римског права вршио на млађе европске народе.¹

У средњем веку је у Западној Европи бујала делатност глосатора и постглосатора, који су у Европи оживљавали заборављено римско право, док је на Истоку оно присутно без престанка, тек донекле се прилагођавајући развоју феудалних односа у Византији и утицају хришћанства. Временом је формиран тзв. Византијски комонвелт², који је на православнохришћанској основи, међу „придошлим народима“ ширио римско-византијску културу и право. У том процесу је учествовала и српска средњовековна држава, а право које је у њој стварано, скоро три века, било је производ правних утицаја који су долазили махом из Византије. Значајну улогу у овом процесу имали су и геополитички положај средњовековне српске државе, као и близина Цариграду, као центру великог царства, који су још више допринели дотоку цивилизацијских тековина старих стотинама година. Ипак, чини се да је један од најважнијих услова за преузимање ових вредности било прихватање хришћанства са Истока, које је утрло пут овим тековинама до словенских племена која су окруживала границе царства.³

По својим општим карактеристикама, српско средњовековно кривично право почивало је на древним српским обичајима и богатом обичајном праву које су Срби донели из своје прапостојбине. Доселивши се на њене границе, неизбежно је било да потпадну под утицај Византије, који је на пољу кривичног права највише заслужио за мењање казни за почињена кривична дела. Кривично право средњовековне српске државе има све опште карактеристике тада-

1 Александар В. Соловјев, *Један словенски утицај у византијском праву*, Штампарија „Привредник“, Београд 1932, 3.

2 Израз „Византијски комонвелт“ први пут је употребљен 1971. године, када је Оболенски објавио своје истоимено дело: Dimitri Obolensky, *The Byzantine Commonwealth: Eastern Europe 500–1453*, Praeger, New York 1971.

3 Никола Селаковић, *Душанов законик и правни трансиланији*, Београд 2007, награђени рад са конкурса Фондације Алан Вотсон, 6, <http://www.ius.bg.ac.rs/informacije/Dusanov%20zakonik%20i%20pravni%20transplanti%20-%20N%20Selakovic.pdf>, приступљено 15. јуна 2020.

шњег европског права које је било обичајно и партикуларно, и, као и кривично право других народа, прошло је кроз период претварања приватне реакције у државну. У почетку, кривично дело се сматра приватном ствари појединца, а уместо казне постоји приватна реакција појединца у виду крвне освете или система композиције. У то време државном казном се учинилац није кажњавао ни за најтежа кривична дела, као што је нпр. убиство.

Када је репресију претежно у своје руке преузела држава,⁴ српско средњовековно кривично право прописивало је сурове телесне казне и, често, примену смртне казне, које су махом преузете из Византије. Чињеница је да су многе установе српског средњовековног кривичног права настале под утицајем византијског права⁵ или је, пак, подстицај за настанак, обликовање и преображај неке кривичноправне установе дошао са те стране. Научници су сагласни о утицају византијског права на: схватање кривичног дела и кривичноправне терминологије, саучешће, неодговорност малолетника и душевно оболелих лица, право азила итд. Византијски утицај на околне словенске народе био је у последњих век и по предмет научног истраживања, а два најзначајнија научника (обојица руског порекла) која су се бавила овим питањем били су Теодор Тарановски и Александар Соловјев, обојица професори на Београдском универзитету.⁶

2. КРИВИЧНО ПРАВО У ВИЗАНТИЈИ

Кривично право Византије се заснивало на старом римском начелу, које се потврђује у Дигестима, а које се заснивало на принципу да је за постојање кривичног дела важнија намера него последице. Управо због тога, као убица биће третиран онај ко свесно покуша

4 Што се, по свему судећи, дешава у IX веку такође захваљујући примању хришћанства и доласка у додир са напредном цивилизацијом Византије. Вид. Теодор Тарановски, *Историја српског права у Немањинској држави*, Лирика, Београд 2002, 263–264.

5 Данас се уобичајило да га називамо византијско право, мада би вероватно било правилније користити израз грчко-римско право (*ius graeco-romanum*) – термин који су употребили још у XIX веку први истраживачи византијског права. Постоје, пак, аутори који сматрају да је најправилније користити израз „ромејско право“, истичући његово римско порекло и начин на који су становници Византије сами себе називали.

6 Вид. Љубица Кандић, „Допринос руских емиграната – професора Правног факултета у Београду проучавању Душановог законика“, Сима Ђирковић, Коста Чавошки (ур.), *Законик цара Симеона Душана: зборник радова са научној скупштини одржане 3. октобра 2000, поводом 650 година од рођашења*, САНУ, Београд 2005.

некога да убије, али при томе не успе. Са друге стране, за убицу неће бити сматран неко ко је убио, а није имао намеру да то учини.⁷ Друга важна карактеристика византијског права (коју налазимо и у српском средњовековном праву)⁸ представља неједнако третирање припадника различитих слојева становништва, које је имало за последицу да су се величина казне и степен кривице одређивали на основу имовинског стања и друштвеног положаја учиниоца. Поред овога, византијско кривично право је подједнако третирало покушај (као и све облике саучесништва) и извршење кривичног дела. За извршено кривично дело нису кривично одговарали малолетници млађи од седам година, душевно болесна лица, као ни они који су извршили кривично дело из нехата или у афекту (исти принцип важио је и у средњовековној Србији).⁹

За кривични законик који се примењивао у Византијском царству карактеристично је да је, услед утицаја хришћанства, био мање суров, у поређењу са римским казнама. Основна сврха казне била је враћање нарушеног правног поретка, а основа кривичног гоњења била је принцип кривице, тј. психички однос учиниоца са његовим делом. Вредност казне као мере превенције поприма другачији карактер од периода владавине Исавријанаца,¹⁰ пошто се међу циљеве наметнуте казне увршћују и појмови прочишћења, побољшања и застрашивања. Македонци¹¹ и каснији цареви продубили су идеју одмазде у корист оних који су били погођени злочиним.

Најзначајнија кажњива дела у византијском праву била су разбојништво, отмица жена, отимање земљишта, покретних ствари стечених у рату, након земљотреса, пожара и сл., формирање банде за вршење насилних злочина, самосуд, магија, празноверје и злочини у области полног живота. Предвиђене су бројне казне: смртна казна, телесне казне, ропство (ретко у постјустинијанском законодавству), прогонство, затвор, конфискација имовине, заточење у манастиру, новчане казне.

7 Edwin Hanson Freshfield, *A Manual of Byzantine Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1930, 33.

8 Први пут се сталешка диференцијација код Срба појављује 1220. године у Жичкој повељи Стефана Првовенчаног и то код кажњавања повреда црквених прописа о браку. Зоран С. Мирковић, *Српска правна историја*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 38.

9 Анита Илић, *Историјски развој друштвене реакције на криминално понашање*, мастер рад одбрањен на Правном факултету Универзитета у Нишу, Ниш 2013, 38.

10 Реч је о династији која је владала Византијом у периоду од 717. до 802. године.

11 Византијска династија која је владала у периоду од 867. до 1056. године.

Смртна казна, наслеђе римског права које хришћанско учење није успело да искорени, ограничена је на убиства, прељубе и на одговорне за „урокљиво гледање“. Утврђивање начина на који ће осуђени бити погубљен препуштено је одлуци судије, осим у случајевима када су за то постојале јасне одредбе закона. Још у Јустинијановом законодавству, ова казна је била веома заступљена, а настављено је са бруталним начинима погубљења: разапињање на крст, бацање у море или реку у врећи са змијама, борба са зверима, растрзање коњима, драње коже „гвозденим ноктима“ и сахрањивање живог. Исавријанци су, међутим, одређивањем врсте и висине казне за свако кривично дело заменили смртну казну за многа дела другим казнама, осим у случајевима намерног подметања пожара (смртна казна спаљивањем) и пљачке са убиством (смртна казна вешањем).¹²

Не би требало идеализовати реформу кривичног законодавства Исавријанаца, јер постоје одступања у изрицању смртне казне и њеном извршавању, док су под утицајем арапских обичаја од овог периода па надаље почеле да се примењују ужасне тортуре као казне за различита дела. Телесне казне од тада укључују сакаћење,¹³ физичко мучење¹⁴ и шишање (као самостална казна или са накнадним физичким мучењем или прогонством, усмерено на лишавање части окривљеног). Није реч о „варваризацији“ римског кривичног права, пошто су ове казне биле распрострањене у Јустинијановом законодавству. У суштини, ове казне су усвојене као посебна мера превенције, пошто је сакаћењем учиниоца правни поредак имао за циљ да смањи његову опасност и искључи могућност понављања дела које је извршио. Иако су реформу Исавријанаца у великој мери прихватили каснији цареви, а казне настале посредовањем Македонаца биле релативно умерене, ипак су казне сакаћења задржане у мањем броју него у Еклоги. Казна бичевањем је била уобичајена и била је изрицана највишим службеницима уместо теже казне која је погађала учиниоце нижег статуса, док су судски двобој и божји судови, преузети са Запада, остали изузетак.

12 Σπύρος Ν. Τρωϊάνος, *Εγκλημα και Τιμωρία στο Βυζάντιο*, Αθήνα, Ίδρυμα Γουλιανδρή Χορν 2001, 12.

13 И то: одсецање руке за кривична дела против имовине, одсецање носа за злочине у области полног живота, одсецање језика кривоклетницима, ослепљивање за светогрђе.

14 Оваква казна је постојала у римском праву, али се примењивала на робове или, од слободних, само на ниже друштвене слојеве и она се у Византији налази у правним зборницима од VIII до X века као главна или помоћна казна, заједно са прогонством или сакаћењем, и није било могуће другачије опхођење због друштвеног положаја.

Изгнанство, које је спадало у казне средње тежине (за нехотично убиство, клевету, намерни побачај), могло је да буде и доживотни или затвор ограниченог трајања, а могло је бити праћено физичким мучењем или принудним радом. Да би смањили случајеве произвољности судских органа, Исавријанци и Македонци увели су ограничења на њихову слободу да одређују трајање и место извршења казне, јасно предвиђајући за сваки злочин одговарајуће казне. Уз изгнанство најчешће је ишла заплена, којом није био погођен само учинилац, већ и његова породица. Могла је постојати и као самостална казна (конфискација имовине) и као таква била је широко распрострањена међу високим државним службеницима, али у позном византијском периоду имовинске казне у корист јавне касе биле су маргинализоване. Законодавство Исавријанаца и Македонаца предвиђа да је учинилац дужан да жртви плати новчану суму и да јој надокнади штету коју јој је нанео.¹⁵

Коначно, лишавање слободе затвором није било предвиђено у византијском праву, јер затвори нису били установе за одслуживање казне, већ су коришћени за задржавање оптужених. Одступање од горе наведеног принципа примећено је након XII века, што је последица територијалног сужавања царства. Замена затворске казне била је заточење починитеља одређених злочина у манастирима, са или без принудног замонашења. То је имало за циљ или преваспитање учиниоца или неутралисање политичких противника или претендента на престо, у ком случају је оптужени такође затваран у манастиру као завереник и тиме се поново успостављао нарушени поредак ствари.¹⁶ Исавријанци су изоставили такву врсту казне због борбе цара Лава III у оквиру иконоборства, како манастири, као противници његове црквене политике, не би били финансијски ојачани присвајањем дела имовине затвореника.

Осуда или казна такође су имале социјалне последице за појединца, попут забране сведочења на суду или забране сахрањивања, које су постојале као казне још у Старом Риму. У ову категорију спадале су самоубице (поготово они који су се обесили), криминалци који су јавно погубљени и други које је на овај начин цар казнио, као и нека занимања која су одређена као срамотна (*infames*) попут про-

15 Βασιλική Πέννα, *Ο δημόσιος, ιδιωτικός και κοινωνικός βίος των Βυζαντινών*, наведено према Στέφανος Ευθυμιάδης, *Δημόσιος και Ιδιωτικός Βίος στον Βυζαντινό και Μεταβυζαντινό Κόσμο*, Πάτρα 2001, 57–63.

16 Ову врсту казне, под директним утицајем византијског права, налазимо и код краља Милутина, који је свог сина – будућег краља Стефана Дечанског, након његове буне против оца, ослепео и заточио у манастиру Сведржитеља (Пантократора) у Цариграду, где је овај провео пет година као заточеник.

ститутки, глумаца, неких категорија погребних радника, унајмљених гладијатора (*auctorati*) итд.¹⁷ Међутим, у Византији забрана сахрањивања је укинута, под утицајем црквених правила, према којима се она односи само на случај самоубиства, јер је самоубица био свестан свог дела.¹⁸

Један од најзначајнијих византијских правних зборника за српско средњовековно право јесте Прохирон или „приручни закон“, а у исправама (повељама и писмима) које су издавали српски владари често означавао и као „Закон градски“. У својој интитулацији представља се као дело цара Василија I, Константина и Лава VI, који су заједно владали између 870. и 879. године. Међутим, у стварности проглашен је тек 907. године од стране цара Лава VI.¹⁹ Садржи углавном грађанско право, осим последње две главе које су посвећене кривичном праву и подели ратног плена. Његова грађа у толикој мери се ослања на Еклогу цара Лава Иконоборца из VIII века, да садржи готово целу материју из тог свог претходника, и то изложено по скоро истом систему,²⁰ исти систем кривичних санкција, док су неке одредбе чак преузете *ad verbum*.²¹ Веома је рано преведен на словенски језик. Посебно треба истаћи и чињеницу да грађа Прохирона потиче из каснијих грчких превода и коментара Јустинијанових кодификација.²²

Овај Законик разликује неколико кривичних дела против имовине: крађу, пљачку, разбојништво, паљевину и нехатно поступање са туђим стварима. У Прохирону групу кривичних дела против личности чине убиство, телесна повреда, туча, физичко злостављање,²³ продаја слободног у ропство и клевета. Умишљајно убиство се кажњава смртном казном, која се извршавала декапитацијом – одсе-

17 Vlatka Vukelić, Matija Stuparić, „Rimski pogrebni običaji“, *Povijest u nastavi*, vol. XV, 1(28)/2017, 22.

18 Σάββας Μαυροματίδης, *Η οργάνωση & η αλειτουργία της δικαιοσύνης στη Βυζαντινή αυτοκρατορία – Εγκύκλιος & τιμωρία*, Αθήνα 2014, 4–6.

19 Вид. Andreas Schminck, *Studien zu mittelbyzantinischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main 1989, 62–80.

20 За разлику од Прохирона, Еклога у свом тексту садржи читав систем телесних казни непознатих Јустинијановом праву – одсецање носа, језика и руку, ослепљење, паљење косе и браде. „Уколико Еклога одступа од Јустинијановог права, она у ствари само фиксира и потврђује обичајно право, које се формирало у Византији током VII века.“ Вид. Георгије Острогорски, *Историја Византије*, Народна књига, Београд 1993, 167.

21 Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2018, 169.

22 Биљана Марковић, *Јустинијанов закон*, САНУ, Београд 2007, 36.

23 Злостављање које доводи до стварног или потенцијалног физичког повређивања услед неке интеракције или одсуства интеракције.

цањем главе мачем. У групу кривичних дела против породице и морала убрајају се: насилно закључени брак, бигамија, силовање, полно општење са сродницима, малолетницима, животињама (скотолоштво) и особама истог пола.²⁴

Његов утицај код Срба огледа се у томе што је Номоканон (Законоправило) Св. Саве у себе укључио (српски) превод целог Прохирона.²⁵ Световни део Законоправила чине византијски Прохирон (Градски закон), новеле цара Алексија о браку и веридби, новеле других византијских царева, као и Мојсијево законодавство. Градски закон представља одличан превод Прохирона на српскословенски језик, налази се у 55. глави Законоправила и садржи 40 грана.²⁶ Српски превод Прохирона садржи читав низ римских текстова из дела класичних римских правника. Те одредбе дају дефиниције правних установа које српски правни споменици једва познају, или чак уопште не помињу. Нажалост, нема доказа да су се ти институти икада примењивали, будући да нема сачуваних судских пресуда које би биле драгоцено сведочанство о примени рецепираног римско-византијског права.²⁷ Такође, заједно са појединим одредбама Еклоге и Земљорадничког закона, Прохирон чини основу српске средњовековне правне компилације познате под називом „Закон цара Јустинијана“.²⁸

4. ЗНАЧАЈ ВИЗАНТИЈСКОГ ПРАВА ЗА СРПСКО СРЕДЊОВЕКОВНО КРИВИЧНО ПРАВО

Историја византијског утицаја у српском праву почиње касније него у Бугарској,²⁹ од XII века, од доба Стефана Немање. У ово доба већ преовлађује хришћанска култура, па тиме и „приватни живот, друштвени ред, свеколика уљуђеност носи тип хришћански.“³⁰ Чини

24 Edwin Hanson Freshfield, *The Procheiros Nomos*, Cambridge University Press, Cambridge 1928, 48.

25 С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, 169.

26 Вид. Александар В. Соловјев, *Градски закон у средњовековној Србији*, прештампано из *Архива за правне и друштвене науке*, књ. XVI, Београд 1928.

27 Срђан Шаркић, „Рецепција грчко-римског (византијског) права у Србији“, Сима Ђирковић, Коста Чавошки (ур.) *Средњовековно право Срба у оцледалу историјских извора*, САНУ, Београд 2009, 5.

28 Георгије Острогорски, *Историја Византије*, Народна књига, Београд 1993, 235–236.

29 Што је у неку руку и следствено с обзиром на географски положај ових двеју држава.

30 Стојан Новаковић (прир.), *Законик Стефана Душана цара српског*, Београд 1898, 8.

се да заједно са вером међу Србе долазе и закони. На првом месту то су црквени закони, који имају безусловну снагу у православној цркви не само за црквене односе, него и за брачно и породично право. Утицај Номоканона осећао се и пре Св. Саве. Поп Дукљанин³¹ сачувао је податак да су Србо-Хрвати у X веку створили неко хришћанско законодавство, уз помоћ изасланика римског папе и изасланика византијског цара, и да се ово законодавство може наћи у словенској књизи, која се зове *Methodios*.³²

Стефан Немања у својој борби против богумила примењује већ начела византијског кривичног права, односно кажњава их телесним казнама под утицајем, или боље речено, по налогу свештенства.³³ Међутим, од пресудног значаја био је превод Номоканона извршен по наредби Св. Саве. „Очевидно је како су ти закони, грађански исто тако као и црквени, сматрани као саставни део вере и њезиних уредаба“,³⁴ и једни и други су помоћу цркве пуштени у употребу у српској земљи. Сукоб ових византијских начела са примитивним словенским обичајима доводи до потребе за нарочитим законским прописима. Ова рецепција византијског права много се олакшава тиме што је ово право већ важило по многим местима српске државе. Наиме, када су Словени заузели територије јужно од Дунава, нису успели да искорене постојећу римско-византијску културу. Остало је многобројно грчко, романско и влашко становништво, као и црквена јерархија и манастири са својим имањима који су наставили да примењују византијско право. Коначно, 1018. године Дунав постаје поново граница Византијског царства и поново се на тим просторима уводи византијска управа и правни поредак.

Битно је споменути да су нарочиту улогу у тој рецепцији византијског права вршили и атонски манастири (као нпр. Хиландар) који су још од Немањиног доба добијали земљопоседе у српским земљама и служили се правом суда над својим насељеницима.³⁵ И српски епископи могли су вршити уплив у том правцу као сарадници краљева, што се види из одредаба већ поменуте Жичке повеље о брачним питањима.

31 Владимир Мошин (прир.), *Лѣтопис Пола Дукљанина, латински текст са хрватским пријеводом и хрватска кроника*, Матица хрватска, Загреб, 1950, 30.

32 Највероватније је да Дукљанин мисли на Номоканон који је превео Св. Методије крајем IX века и који је био познат у Дукљи још пре XII века.

33 Александар В. Соловјев, „Значај византијског права на Балкану“, *Годишњица Николе Чубића* 37/1928, 110.

34 С. Новаковић, *Законик*, 15.

35 На то је скренуо пажњу Władysław Namysłowski у свом делу *Wege der Rezeption des byzantinischen Rechts im mittelalterlichen Serbien*, 1926, 141. Наведено према Александар В. Соловјев, *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Скопље 1928, 371.

У ширењу византијског утицаја нарочито су учествовали Немањини синови, Стефан Првовенчани „севастократор и зет цара грчког“ и Св. Сава „*высыйиание и ѿрорасль*“ Свете Горе.³⁶ Њихов рад има чисто национални задатак: „своје отачаство просветити“, подигнути земљу српску, али средства за то подизање су – увођење византијског правног поретка у цркви, књижевни рад по грчким образцима, и уопште „потпуно изједначење Србије с Истоком“. Превод Номоканона с којим је нераздељив Прохирон, и Жичка повеља, у којој се строго кажњавају преступи против византијских схватања о браку – то су најважнији споменици тог заједничког културног рада првог српског краља и архиепископа.³⁷ У Жичкој повељи (из 1220. године) краљ Стефан Првовенчани подробно говори о кривицама против брачног права, штитећи хришћанско схватање о светости и нераскидивости црквеног брака. У њој се нарочито да уочити угледање на византијско право на пољу црквеног права и уопште на однос државе и цркве у Византији, одн. на доктрину симфоније. Међутим, тешко је са сигурношћу рећи да се овај византијски културни и правни поредак учврстио код Срба у XIII веку, јер нам недостају споменици за то. Ипак, оно што засигурно можемо тврдити јесте да је византијски правни поредак морао да преовлада у оним областима које су освојене од Византије и које су се дуго времена сматрале „грчким земљама“, иако су постале део Немањинке државе. У тим земљама су Срби затекли византијски правни поредак и много боље судско уређење.

У том погледу, врло је важна повеља краља Милутина манастиру Св. Ђорђа Скопског из 1300. године. Читава повеља је прожета правним конзерватизмом. Краљ Милутин не мења затечено правно стање, него потврђује све „хрисовуље светих и правоверних царева“. Мешано грчко-српско становништво навикло је вековима на византијски правни поредак. Установе државног права (царска и црквена пронија), грађанског права (прикија, ексоприк, иномиков ексод), управни систем и финансијски систем уређени су у повељи из 1300. године на византијски начин. Само у судству наилазимо на читав низ словенских израза, већином непознатих византијском праву (вражда, рука, печат, послух, потка, глоба шестоволна и др.).³⁸ Ипак, кри-

36 А. В. Соловјев, *Значај*, 112.

37 Првих 14 глава Прохирина баве се брачним правом, што је један од разлога због којих је Св. Сава додао превод Прохирина свом Номоканону. Такође, прва брига једног хришћанског владара је да уреди брачна питања.

38 Хрисовуља краља Стефана Уроша III Милутина манастиру Св. Ђорђа код Скопља, Владимир Мошин, Сима Ћирковић, Душан Синдик (прир.), *Зборник*

вично право Милутиновог доба највише се одупире византијском утицају. Из дубровачких извора познато је како краљ Милутин 1308. године неће нипошто да своје поданике кажњава смрћу за убиство.³⁹ Дакле, не римско-византијски систем телесних казни, него словенско плаћање вражде и других глоба, чини темељ кривичног система Милутиновог доба.

Душанова владавина означава дефинитиван прелаз ка византијским погледима и у области кривичног права и у читавом државном устројству. Његова држава била је подељена на два дела: територију са већински српским и већински грчким становништвом. Ипак, подела између српског и грчког права није могла бити извршена на територијалном основу, јер је становништво било исувише измешано. Дакле, он преузима на себе стварање општег права које ће важити на читавој територији његове државе и које ће бити уређено по јединственим православним законима, уз одређене допуне и промене које су показале као неопходне услед специфичних потреба српског народа и српских обичаја. Са таквим тежњама и намерама он приступа изради свог чувеног законика.

За појаву појединих кривичноправних института у српском средњовековном праву (које и ми данас познајемо у савременом законодавству) можемо захвалити Византији. Појава појма о виности и разликовања нехата и умишљаја код словенских народа представља директан утицај византијског кривичног права. Они продиру у далматинске статуте⁴⁰ у периоду од XIII-XIV века, а Срби се са њима први пут сусрећу у XIII веку, у српском преводу Прохирона. Нешто касније ће, у својој Синтагми, Матија Властар проширити одредбе које говоре о појму виности из Прохирона, додајући много црквених правила, а које ће у свом законодавству преузети и цар Душан, што видимо у српским називима ових појмова попут: „нахвалица“, „пизма“, „вољни убица“, „грех“ итд. Из ове правне збирке цар Душан ће преузети и малолетство и душевну поремећеност као основе искључења подобности

средњовековних ћириличких јовеља и писам Србије, Босне и Дубровника, књига I, Историјски институт, Београд 2011, 315.

39 Статут Дубровника, књига 8, члан 58 (О казни на темељу вражде) и члан 59 (О доношењу пресуде против оних који убију Словене и текст писма господина млетачког дужда о казни на темељу вражде), А. Šoljić, Z. Šundrica, I. Veselić (prir.), *Statut grada Dubrovnika / Liber statutorum civitatis Ragusii (1272), na osnovi kritičkog izdanja latinskog teksta V. Bogišića i K. Jirečka*, Državni arhiv u Dubrovniku, Dubrovnik 2002, 467–470.

40 Нпр. у Винодолском статуту из 1288. године прописано је да се вражда плаћа једнако и у случају умишљајног, као и у случају нехатног убиства. Вид. Т. Тарановски.

за виност поводом убиства.⁴¹ Међутим, треба рећи да је ова одредба била позната Србима још из превода Прохирона.

Утицај византијског кривичног права на српско може се сагледати и кроз одредбе које садрже начело индивидуалне одговорности. Ово византијско начело је преузето из римског права и постепено је продирало у законодавство словенских владара. Тако, на пример, видимо да је оно било присутно у повељи бугарског цара Константина Тиха скопском манастиру Св. Ђорђа (1258. године), као и код нашег краља Милутина 1300. године у повељи истом манастиру. Он у њој каже да само убица треба да плати глобу за убиство, а да ни град ни село нису за њега одговорни. С друге стране, краљ Милутин се ипак држи старог српског начела о одговорности правних лица у уговорима са Дубровником, у којима „ближње село“ и жупа одговарају за штету нанету дубровачким трговцима. У тим уговорима налазимо и на једну нарочиту врсту преноса одговорности, када господар одговара за дела својих поданика. Душаново законодавство дели исто гледиште као и одредбе из Милутиновог доба, само што је у ДЗ-у колективна одговорност, односно одговорност правних лица, сужена само на село и породицу (кућу),⁴² јавља се много чешће и са пооштреним казнама, премда има и примера у којима је присутан и византијски појам о индивидуалној кривчевој одговорности.⁴³

Српско средњовековно кривично право преузело је из Византије и значајне одредбе о саучесништву. Соловјев је приметио да су прописи о саучесништву ушли у српско средњовековно право из византијског права – у којем је та установа била сасвим развијена – преко Законоправила Светог Саве. При том је истакао: „Утицај хришћанске цркве, која строго кажњава сваки грех (мада и у мислима само), још је појачао у византијском кривичном праву тенденцију да се за кривца сматра онај који има *animus auctoris* или *animus socii*, да се кажњава свака неправедна воља више него објективна штета.“⁴⁴ Већ у светосавском преводу Прохирона сусрећемо се са изразима попут подстрекач, помагач и подржавалац, а које у кривичном праву ко-

41 Неодговорност малолетника и душевно болесних преузето је из Прохирона и Властарева Синтагме. Т. Тарановски, 291.

42 Дакле, не помиње се више колективна одговорност жупе.

43 Као, на пример, члан 52. који прописује да у случају невере кривчева кућа треба да одговара само ако је неподељена; ако је син од оца или брат од брата већ подељен имањем, он не одговара за неверу овог другог.

44 А. В. Соловјев, *Законодавство Стефана Душана*, 153, наведено према Нина Кршљанин, „Саучесништво у средњовековном српском праву“, Зоран С. Мирковић, Нина Кршљанин (ур.), *125 година од рођења Александра Васиљевича Соловјева*, Београд 2016, 166.

ристи и Властарева Синтагма поводом отмице и убиства.⁴⁵ ДЗ је у три своја члана усвојио појам о саучешћу и то: у члану 69. у коме се кажњавају „поводчије“ (подстрекачи) збора себара, у члану 131. у коме се кажњавају помагачи, који би дозвољен двобој у војсци претворили у општу битку, и у члану 132. се наводи формула правдања: „ни саветници ни часници ни проводације“.⁴⁶

Врло је упутно питати се да ли се могу пронаћи и трагови обратног утицаја. Изгледа нам да се један пример тога може видети управо у кривичном праву и то у кажњавању убиства. Ту је разлика између византијског и српског права огромна, начелна. Ипак, ту се може приметити и један утицај српског (словенског) права на византијско, и то у примени новчане глобе за убиство – тзв. „фоникона“. Дакле, кад се све размотри, током векова ова два система се укрштају и прилагођавају један другом.⁴⁷

5. УТИЦАЈ РИМСКО-ВИЗАНТИЈСКОГ ПРАВА НА КАЗНУ УБИСТВА У СТАТУТИМА И ПОРЕЂЕЊЕ СА СРПСКИМ ПРАВОМ

Треба напоменути да се утицај римско-византијског права на јужнословенско (српско) вршио у два правца: једно је непосредан утицај византијског правног система на Србију и Бугарску, друго – утицај обновљеног римског права Јустинијановог законодавства од стране глосатора на статуте приморских градова.⁴⁸

Српски приморски градови у средњем веку представљају оличење самосталности и личне слободе грађана. Имали су тачно одређену територију, градске статуте, судије, чиновнике. Уживали су су висок степен аутономије у односу на централну српску власт, која се пре свега огледала у сопственим судовима које су ови градови имали. Главни извор права у њима били су статуте, правни зборници у којима је био уређиван њихов целокупан правни живот. Такође у приморју, али не и део српске средњовековне државе, Дубровник је са својим мешовитим романско-словенским становништвом и са малом територијом чинио аристократску републику која је у току средњег века, иако је наизменично признавала (привидно или ствар-

45 А. В. Соловјев, *Законодавство*, 447–461.

46 Никола Радојчић (прир.), *Законик цара Сѣфана Душана 1349 и 1354*, Београд 1960, 68. и 80.

47 А. В. Соловјев, *Један словенски уџицај*, 13.

48 *Ibid.*, 5.

но) врховну власт разних држава,⁴⁹ у својим унутрашњим пословима, па чак и у односима са другим државама, била потпуно самостална. Заједно с овим треба напоменути да Дубровник никад у средњем веку није био у зависности од српских владара или под непосредном њиховом влашћу. Тако су уговори који су се склапали између Дубровника и српских владара били резултати дипломатских односа и преговора тј. формално су представљали међународне уговоре.⁵⁰

Дубровачки статут из 1272. године кажњава смртном казном (из византијског права) свако убиство које није учињено у стању нужне одбране. Позната допунска одредба Дубровачког статута, из 1308. године, најбоље оцртава јаз између словенског и романског гледишта на кажњавање убиства. У мешовитом суду између Дубровчана и Срба била је одавно примењивана „вражда“ од 500 перпера за убиство, сасвим као у уговорима између Млетака и германских краљева. Али, почетком XIV века кнез Андрија Дауро, навикнут на строге одредбе дубровачког и млетачког права, сматрао је да смртна казна за убиство више одговара божјим и људским законима и предложио је краљу Милутину да уведе, узајамности ради, смртну казну и за Србина који убије Дубровчанина.⁵¹ Милутин је ипак одговорио да се он био заклео да неће просипати крв својих поданика и да остаје при старом обичају вражде. Онда су Дубровчани морали да попусте и да кажњавају у мешовитом суду само глобом свако убиство (за које је по Статуту иначе прописана смртна казна).⁵²

Сличне одредбе можемо наћи и у Которском статуту, који је из периода владавине краља Милутина, под снажним утицајем Дубровачког статута. Иста мешавина романских и словенских начела, исто продирање смртне казне у пређашњи систем новчаних глоба. Ако је которски грађанин убио Которанина који нема право грађанства (*habitatorem, non civem*), он плаћа 500 перпера, суму која се дели између општине и породице убијеног. Али ако је убио правога грађанина, кажњава се вешањем. Ако је убио странца, кажњава се истом казном којом се кажњава Которанин у дотичној земљи (то значи да се Которанин, ако убије поданика краља Милутина, кажњава истом враждем од 500 перпера).⁵³ У статутима XIV века, Хварском, Брачком, и у

49 Византије, Млетака, Нормана, Угарске итд.

50 Михаил Н. Јасински, „Уговори српских владара са Дубровником као споменици старог српског права“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XXI, 3/1930, 1.

51 Вид. више фн. 39.

52 Т. Тарановски., *Историја српског права*, 12.

53 Јелена Антоновић (ур.), *Сташки права Котора*, књига 2, Државни архив Црне Горе, Котор 2009, 73.

другој редакцији Корчуланског, смртна казна преовлађује и уведене су разлике према сталежима: племић се кажњава одсецањем главе, себар вешањем, спаљивањем. У Шибеничком статуту налазимо и поштрену смртну казну за убиство из заседе (*assasinatus*): убица се закопава у земљу наглавачке.⁵⁴ Прелаз од глоба ка смртним казнама за убиство, прелаз од система композиција ка систему застрашивања, под римско-византијским утицајем типичан је за далматинске статуте XIII–XIV века.

Исту слику видимо и у српском праву XIV века у нарочито убрзаном току. Још 1308. године устезао се краљ Милутин да просипа крв својих поданика, међутим, ово му није сметало да пет година касније ослепи свог рођеног сина, сасвим на византијски начин,⁵⁵ док 1349. године велики Милутинов унук нашироко уводи телесне и смртне казне у свој Законик под утицајем византијског права. Још је остала вражда од 300 перпера за нехотично убиство (чл. 87. ДЗ-а), али нема више трагова композиције. „Вражда“ из Душановог законика није задовољење рода убијеног (као „вражда“ из Винодолског и Пољичког статута)⁵⁶ него јавноправна глоба, коју наплаћује држава. Свако друго убиство кажњава се строжим казнама, у зависности од сталешких или других околности. Тако, властелин који убије себра кажњава се највећом глобом, од 1000 перпера; али себар који убије властелина кажњава се не само обичном српском враждом (од 300 перпера), него и византијским одсецањем руку (чл. 94). Под утицајем Прохирона, свако убиство „нахвалицом“ кажњава се истим одсецањем руку. Вешање је прописано за убиство свештеног лица (чл. 95). Напокон, чл. 96. ДЗ-а кажњава спаљивањем убиство оца и других ближњих. Ова одредба, најближа Прохирону (39, 35), приближава Душанов законик Дигестама и још старијем римском закону *Lex Pompeia de parricidis*. Ако обратимо пажњу на то да се у чл. 101. ДЗ позива на „законик св. отаца“ ради кажњавања „волног убице“,⁵⁷ можемо рећи да је цар Душан усвојио учење Властарева Синтагме о намерном и ненамерном убиству. Ипак, ДЗ за најтеже злочине подвргава и властелу телесним казнама, а с обзиром на то да је суровије телесне казне (а мисли се пре свега на казне сакаћења) и ширу примену смртне казне српско средњовековно право преузело из византијског, и то највише управо кроз Душаново законодавство, претпоставља се

54 А. В. Соловјев, *Један словенски уџицај*, 8.

55 Ипак овде треба напоменути да постоји велика разлика између увођења неке казне као правне норме и примене неке врсте насиља у политичке сврхе, изузетно, против активних противника.

56 А. В. Соловјев, *Један словенски уџицај*, 9.

57 Н. Радојчић, *Законик*, 129.

да је реч о новини коју уводи ДЗ.⁵⁸ Дакле, закључак је да је нарочито у јавноправном гледишту на кажњавање убиства српско право XIV века било под утицајем старог византијског система.

6. ВИЗАНТИЈСКИ УТИЦАЈ У СРПСКИМ СРЕДЊОВЕКОВНИМ ПРАВНИМ ЗБОРНИЦИМА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ДУШАНОВ ЗАКОНИК

Готово у свим радовима који се баве темом утицаја византијског права на српско средњовековно право расправљало се о византијским правним збиркама које су биле преведене и важиле у Србији. Оне су, несумњиво, најважнија компонента утицаја византијског права на средњовековно српско право,⁵⁹ иако, нажалост, не постоје извори који би доказали њихову општу примену у свакодневном животу.

Прва византијска правна збирка која је у XIII веку преведена и прихваћена у средњовековној Србији, била је Законоправило или Номоканон Светога Саве, касније често називана Крмчија (руски *Кормчая кнѣга* = крманосева књига). Несумњиво можемо тврдити да Законоправило Св. Саве представља оригиналну српску редакцију византијских црквених и законских прописа за потребе аутокефалне српске цркве у независној српској држави. Оно је имало велики значај не само код Срба, него и код свих православних Словена.⁶⁰ Друга два најзначајнија правна зборника у средњовековној Србији јесу Скраћена Синтагма и тзв. Јустинијанов закон, који су заједно са Душановим закоником чинили Душаново законодавство, касније названо *Codex tripartitus*. Синтагма представља зборник црквених и световних одредаба који је 1335. године сачинио солунски монах Матија Властар. Ова номоканонска збирка подељена је у 24 поглавља (састава) према словима грчког алфабета (од А до Ω).⁶¹ Вероватно по наређењу самог цара Душана, Синтагма је 1347. или 1348. преведена на српски, али је одмах након тога радикално скраћена. Пуна Синтагма садржи 303 поглавља, док скраћена верзија има само 94 поглавља. Такозвани Јустинијанов закон је кратка компилација од само 33

58 Нина Кршљанин, „Сталешка неједнакост у казненем праву Душановог законика“, *Стирани љавни живој*, 3/2012, 65.

59 Срђан Шаркић, „Утицај византијског права на средњовековно српско право“, *Slovene = Словѣне: International Journal of Slavic Studies*, vol. 4, 2/2015, 106–118, доступно на: http://slovene.ru/2015_2_Sarkic.pdf, приступљено 3. новембра 2020.

60 Александар В. Соловјев, *Свѣтосавски номоканон и његови нови ѣрејиси*, Народна штампарија, Београд 1932, 22–28.

61 Матија Властар, *Синѣѣма*, превод Татјана Суботин-Голубовић, САНУ, Београд 2013

члана који регулишу аграрне односе. Већина одредаба потиче из чувеног Земљорадничког закона (*Νόμος γεωργικός*) објављеног крајем VII или почетком VIII века, који је у потпуности био преведен на стари српски језик. Остале одредбе преузете су из Василика, Прохирона и Еклоге. Ни ова компилација не постоји у грчким рукописима и представља оригиналну творевину српских правника.⁶²

Правни темељи Душанове владавине постављени су доношењем већег броја писаних повеља. У њима је изражена жеља Стефана Душана да своју владалачку вољу заодене у императивну (правну) форму. Он је на грчком језику издавао хрисовуље чиме је своју власт устројио по ромејским узорима. Мали број сачуваних правних споменика из периода пре и за време владавине цара Душана најречитије указује на снажан утицај византијске јуриспруденције на прве писане споменике у српској држави. Тако је, на пример, купопродаја непокретности у време владавине цара Душана вршена по византијским правилима у граду Призрену (познатија као Призренска тапија).

Ступивши на престо и узевши титулу цара, Стефан Душан је настојао да влада сасвим на византијски начин. Прве године његове владавине обележило је даље ширење територије, али и тежња за рецепцијом византијског права. У том правцу на Душанов царски двор уведени су византијски церемонијал и многобројне византијске титуле, као што су деспот, севастократор и кесар, које је иначе имао право да додељује само византијски цар члановима своје породице и себи блиским људима. Новостворено царство морало је да буде уређено по начелима и прописима светих и божанствених закона православних (византијских) царева.⁶³

У свом раду, цар Душан је отишао много даље од својих претходника, јер се поред издавања повеља окреће и самим византијским законима, који му изгледају интересантнији, пунији. Дао је да се преведу на српски језик најважнији грчки закони и тако почиње да припрема народ и земљу на један општи Законик који ће у себи имати све одлике једног византијског закона, као и потпуно нове одредбе издате у духу хришћанске, православне цркве. Треба нарочито истаћи да је постојала велика разлика између византијског права и српског обичајног права и да је најлепша одлика Душановог законика то што он представља својеврстан компромис између ова два права, а који је највише дошао до изражаја управо у материји кривичног пра-

62 С. Шаркић, „Утицај“, 109–110.

63 Александар В. Соловјев, *Посѣљанак и значај Душановој законика*, Београд 1928, 14.

ва. Кривично право било је она област где су се византијско и српско право најоштрије сукобљавали. са потпуно супротним гледиштима и схватањима. До времена цара Душана, српско обичајно кривично право било је израз старословенског схватања кривичног дела, кривца и казне, које је све то сматрало за приватну ствар појединаца повређених учињеним делом.

Кривично дело у ДЗ-у у већини случајева се сагледава у формалном смислу одн. он противправност кривичне радње види као кршење извесне државне норме или моралне заповести. Интересантно је да ДЗ кривично дело назива „сагрешеније“ (односно грех) и сматра га преступом не само световне, него и божанске заповести, што је заправо чисто византијско гледиште кривичног дела. То значи да вршити кривично дело значи у исто време и грешити против Бога и грешити против разума (лудост). Управо због јаког утицаја црквеног права овакво схватање води томе да пристанак повређеног и самоповреда не искључују противправност радње (јер се сматра да је кривац злоупотребио своју слободну вољу и да је урачунљив и кажњив и за грех против Бога и за своју „лудост“). Једини основ за искључење противправности била је нужна одбрана.⁶⁴

У литератури је веома је заступљено мишљење да је највећи утицај византијског права на ДЗ извршен управо у области кривичног права. То се највише односи на јачање принципа индивидуалне (субјективне) кривичне одговорности, облике виности и врсте и начине извршења кривичних санкција. Међутим, писано српско право задржало је и неке оригиналне особености. Другим речима, у кривичном праву Законика има остатака старог српског права у оним случајевима када је снага обичаја била толико јака да држава није могла или није желела да је рецепцијом страног (византијског) права истисне. Зато је кривично право садржано у Душановом законнику једна несвакидашња, специфична синтеза византијских и српских правних схватања. Наравно, уплив византијског права је огроман, али не и искључив.⁶⁵

Погрешно је рећи да је Душановим закоником извршена темељна ревизија и замена дотадашњег обичајног права само на основу ћутања средњовековног законодавца о обичајном праву; то не значи да је оно било укинута. Поводом те тврдње логички се поставља питање: како се могло десити да за 130 година важења Прохирона (до доношења Душановог законика) нису примењиване његове одредбе о јав-

64 А. В. Соловјев, *Законодавство*, 449–453.

65 Јелена Трифуновић, *Кривично право и судски поступак у Душановом законнику*, мастер рад одбрањен на Правном факултету Универзитета у Нишу, Ниш 2013, 4.

ноправним казнама, смртним и телесним? Како се могло очекивати да те казне буду одмах примењиване по доношењу Душановог закона? Ако нису могле да се примењују у претходних 130 година? Одговор је једноставан: одредбе обичајног права биле су меродавно право за све оне познате и уобичајене случајеве које је требало пресудити. За пресуђивање непознатих и нових ствари долазило је у обзир и „ново“ писано право, које је употребљавано *ad hoc*, од случаја до случаја. Такво решење је било и на западу Европе са римским правом.⁶⁶

Мишљење Тарановског потврђује то што нема ниједног сачуваног податка о примени ових казни преузетих из византијског права. Најбољу потврду пружају два сачувана извора која говоре да ови прописи нису примењивани чак ни у време царства. Први извор⁶⁷ помиње пресуду за разбојништво (гусу) из времена цара Душана коју је донео цар Душан лично: да се на хиландарској земљи догодило то разбојништво (гуса), односно крађа коња праћена тучом људи.⁶⁸ Уместо смртне казне, плаћена је вражда. Стари обичај је преживео и није се обазирао на новотарије. Чак и цару Душану, чији је Законик увео смртну казну, било је сасвим природно и уобичајено да буде плаћена вражда, а не да буде извршена смртна казна. Осим тога, победу старинског обичајног права над новинама Душановог законика показује и то што је дело учињено на имању Хиландара који је морао да плати вражду јер је дело разбојништва учињено на његовом имању, а разбојник није пронађен.⁶⁹

Други документ је Повеља цара Уроша којом потврђује челнику Муси промену града Звечана са жупом за град Брвеник са жупом. Иако је члановима 168. и 170. Душановог законика забрањено бављење златарским занатом у жупама, осим у градовима и трговима, а чланом 169. запређено смрћу златару настањеном у селу и читавом селу одузимањем имовине и протеривањем, ипак се девет година после Законика наводе златарска села у тој повељи цара Уроша.⁷⁰ Соловјев је у својој анализи тог документа дао веома опрезан закључ-

66 Зоран С. Мирковић, „Византијски утицаји на кривично право у средњовековној Србији – погледи Теодора Тарановског и Александра Соловјева“, Зоран С. Мирковић, Нина Кршљанин (ур.), *125 година од рођења Александра Васиљевича Соловјева*, Београд 2016, 5.

67 Повеља 17-V-1355, објављена од А. Соловјева у Гласнику Скопског научног друштва II, 25. Наведено према З. Мирковић, „Византијски утицаји“, 161.

68 *Одабрани сјоменици српског права* (од XII до краја XV века), прикупио и средио Александар Соловјев, Београд 1926, 170.

69 Закон по Српској земљи предвиђао је узимање вражде од града или села: Александар В. Соловјев, *Одабрани сјоменици српског права (од XII до краја XV века)*, Београд 1926, 78.

70 А. В. Соловјев, *Одабрани сјоменици*, 166–167.

чак: „То је још један доказ да су многе наредбе ДЗ-а (нарочито оне из II-ог дела) биле више од декларативног него од стварног значаја. Унете 1354. године, под јаким утицајем византијских појмова о централизованог монархијској правној држави, нису те одредбе успеле да буду извршене за време Душановог. А за време Урошевог није могло да ни покушавано, да се уведу у живот. Стварни живот, засниван на старинским обичајима и на старим начелима затвореног природног газдинства, ишао је својим током.“⁷¹

Највеће новине у ДЗ-у су свакако у систему казни. Законик је начинио одлучан корак ка потпуном преузимању византијског система јавноправне казне. Он се одлучно опредељује за византијске јавноправне казне као што су: смртна казна – спаљивањем или вешањем, телесна казна – сакаћењем, жигосањем и батинањем, тамница, прогонство и др. у складу са Прохирином и Синтагмом.⁷² Дакле, казне су биле врло сурове, а Душанов законик је преузео из византијског права све врсте сакаћења осим кастрације.⁷³ Примећује се и да је, под утицајем византијског права, на подручју кривичног права уочљиво присуство различитог третирања припадника нижих и виших сталежа. За иста кривична дела припадници различитих сталежа се кажњавају различитим казнама. Уопштено посматрано, захваљујући угледању на византијски систем и византијско право, Душанова држава поседује све елементе једне модерне европске државе тога доба, а у области кривичног права познаје неке модерне материјалне (урачуњљивост, кривица, заблуда, покушај, поврат) и процесне кривичноправне институте (акузаторско-расправни кривичносудски поступак, вишестепеност суђења).⁷⁴

Ипак, у области кажњавања присутна је и најдубља разлика између византијског и српског права. Византијско право је имало упориште у Јустинијановом законодавству кроз јавноправни поглед на казну, док је српско право из XIII века стајало на доста примитивном нивоу. Ако сагледамо одредбе Душановог законика, можемо уочити да је под утицајем византијског права начињен прелаз ка јавноправном карактеру казне. Систем казни у Душановом законнику изграђен је кроз рецепцију византијског режима кажњавања

71 Александар В. Соловјев, „Једна српска жупа за време Царства“, *Гласник Скопској научној друштва* 3/1928, 12., наведено према З. С. Мирковић, „Византијски утицаји“, 162.

72 Драгослав Срејовић et al., *Историја српског народа*, Прва књига (од најстаријих времена до Марицке битке (1371)), Београд 1942, 562.

73 Радоман Станковић, Душанов законик, <https://www.overa.rs/radoman-stankovic-o-dusanovom-zakoniku.html>, приступљено 29. маја 2020.

74 Александар Б. Ђурић, *Мотив у кривичном праву*, Пеликан принт, Ниш 2006, 16.

кривца. Новчане казне којима се кажњавају кривци за лакша кривична дела плаћају се у корист државе, а не оштећеног (како је раније био обичај). Јавно извршење смртне и телесних казни утицало је како на саме кривце, тако и на окупљене људе који су присуствовали кажњеничком чину (систем специјалне и генералне превенције). Поред државног, запажено је и присуство црквеног начина поправљања кривца због учињеног дела. У ту сврху, предвиђен је читав систем црквених епитимија које се примењују упоредо са државним кажњавањем. Црква утиче на увођење временских казни које кривцу дају довољно времена да се сам покаје и затражи опрост због учињеног дела.⁷⁵

7. ПРАВНИ ТРАНСПЛАНТИ НА ПОЉУ КРИВИЧНОГ ПРАВА У ДУШАНОВОМ ЗАКОНИКУ

О утицају, али и директном преузимању византијског права у ДЗ-у на пољу кривичног права најбоље говоре правни транспланти. Да је ДЗ у нераскидивој вези са Скраћеном Синтагмом и тзв. Јусинијановим законом и да га само заједно са њима треба и изучавати, потврђује и тврдња Соловјева да се у садржају Скраћене Синтагме на крају текста увек налази реченица „да оно што се не налази у Синтагми, треба тражити у Душановом и Јустинијановом законуку“. Затим, по тексту наслова Скраћене Синтагме једног преписа, Соловјев износи претпоставку да је Скраћена Синтагма настала ради практичних потреба царских судова – да би се судије лакше сналазиле приликом примене права. Најзад, на основу анализе текста једне повеље цара Душана, из формулације „обновисмо и састависмо и узаконисмо свака правила светих и божанствених цркава“, исти истраживач извлачи закључак да је реч о Скраћеној Синтагми. У саставу државног Сабора који је донео Душаново законодавство, проналазимо и „калуђере и властелу грчку“, што упућује на закључак да је њихово присуство било неопходно управо због потврде византијских закона.⁷⁶ Дакле, сва три ова правна зборника треба посматрати као целину, као један сложен организам српског и византијског права.

Чл. 10. О јеретику: *И ко се нађе као јеретик, живећи међу хришћанима, да се ожеже њо образу и да се изајна, а ко би ја шајио, и шај да*

75 Т. Тарановски, 5–6.

76 А. В. Соловјев, *Законодавство*, 363–367, наведено према Александар Ђорђевић, „Рецепција римско-грчког (византијског) приватног права у Душановом законуку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 76, Ниш 2017, 553.

се ожеже.⁷⁷ Код овог члана преузимање из византијског права није учињено дословце, али је суштина одредбе потпуно задржана. Она представља преузету одредбу о Манихејцима из друге главе А-састава Синтагме. Можемо приметити интервенцију српског законодавца, који је ову одредбу усавршио, а казну изменио, док је задржао казну за лице које је скривало јеретика. Смртна казна, која је, како смо видели, потпуно у духу византијског права, замењена је жигосањем и протеривањем.⁷⁸

Чл. 20. О врачарима, који тела мртвих спаљују: *И људи, који врачаринама узимају из гробова, ње их спаљују, њо село, које њо учини, да њлајши вражду, а ако буде њой на њо дошао, да му се узме њойовсѣво.*

Још једна одредба која није преузета дословце. Реч је о искорењивању једног старог балканског паганског обичаја, спаљивања вукодлака тј. вампира. Код овог члана примећујемо присутну колективну одговорност (колективну вражду – глобу за убиство од 500 перпера) која је била карактеристична само за тадашње српско обичајно кривично право. Ова забрана позната је и у ранијим словенским законским збиркама, наиме, глава 10. Т-састава Синтагме завршава се одредбама, које регулишу непоштовање гробова и сахрањених покојника. Ове одредбе су пренесене и у Скраћену Синтагму (Т-2), али међу њима нема речи о врачу, који тела мртвих спаљује, нити о поменутој казни.⁷⁹ То нас доводи до закључка да је законодавац, по угледу на Византију, покушао да сузбије један пагански обичај, који је био присутан и код Срба, и тако на одређени начин допунио постојеће одредбе Синтагме у складу са српским обичајима.

Чл. 50. О псовци: *Власѣелин, који ойсуге и осрамоѣи власѣеличиѣа, да ѡлајши сѣо ѡерѣера, и власѣеличиѣ, ако ойсуге власѣелина, да ѡлајши сѣо ѡерѣера и да се бије шѣајовима.*

Код овог члана само кажњавање батинањем, које уз глобу очекује властеличића који опсује властелина, директно је преузето из византијског кривичног права. Схватање да племић-витез не сме да буде батинан потиче из Западне Европе.⁸⁰

Чл. 52. О невери: *За неверу, за сваку кривицу, брајѣ за брајѣа, и оѣац за сина, роѣак за роѣака; који су одељени у својим куѣама од оноѣа који*

77 Превод законика: Н. Радојчић, *Законик*, 87–145; Овај превод биће коришћен и код цитирања наредних чланова.

78 Н. Селаковић, *Душанов законик*, 28–29.

79 Александар В. Соловјев, *Законик цара Сѣефана Душана 1349. и 1354. ѡдине*, САНУ, Београд 1980, 187.

80 А. В. Соловјев, *Законик*, 215.

је скривио, ти да не илаиш нишита, осим онога који је скривио, њејова и кућа да илаиш.

У овом члану се о невери говори као о „сагрешенију“, што значи да се сматра грехом, као и у Синтагми. Да је у питању трансплант из византијског права, говори и чињеница да је скоро идентична одредба постојала у повељи коју је феудални господар Тесалије Михаило Гаврилопуло издао архонтима града Фанара 1342. године.⁸¹

Чл. 53. О насиљу: *Ако који власџелин узме власџелинку силом, да му се обе руке одсеку и нос сареже; ако ли себар узме силом власџелинку, да се обеси, ако ли своју друју узме силом, да му се обе руке одсеку и нос сареже.*

Овај члан говори о кривичном делу силовања. Оно је постојало и у српском обичајном праву, али тон ове одредбе ДЗ-а, као и санкције које су предвиђене за учиниоца, говоре у прилог томе да се ради о позајмици из кривичног права Византије. Још је Прохирон (XXXIX, 66) предвидео да се кривично дело силовања кажњава одсецањем носа и губитком 1/3 имовине. Та одредба из Прохирона је пренета и у Синтагму (Т-15), као и у њену скраћену српску верзију. У ДЗ-у, дакле, примећујемо да је законодавац поштрио санкције, прилагођавајући текст ове одредбе сталешким приликама у новоствореном српско-грчком царству.⁸² Казне су типичне византијске (одсецања носа и руку, вешање).

Чл. 54. О блуду властелинке: *Ако власџелинка учини блуд са својим човеком, да им се обома руке одсеку и нос сареже.*

Попут члана 53, и ово питање је решио Прохирон (XXXIX, 43 и 44) одредбама које нису ушле у Синтагму. Ове одредбе су преживеле извесну обраду од стране законодавца: стопљене су у један члан, који је добио општрији тон, оштрију санкцију и који је прилагођен сталешким приликама у средњовековној Србији. Општрији тон се да уочити у изостављању разлике коју изричито прави Прохирон: уместо роба, овај члан као учиниоца подразумева „свог човека“, под којим се засигурно мисли на било ког поданика – меропаха, слугу или отрока. Пооштравање уочавамо код казне: док је Прохирон прељубу жене са својим робом кажњавао одсецањем носа и губитком имовине, а блуд жене (која нема мужа) са својим робом шишањем и батинањем, ДЗ задржава одсецање носа, а овој казни додаје још једну чисто византијску казну – одсецање обе руке.⁸³

81 *Ibid.*, 217.

82 *Ibid.*, 218.

83 Н. Селаковић, *Душанов законик*, 48.

Чл. 55. О псовању властеоском: *И ако власѣлиин, или власѣеличић, ойсуге себра, да илаѣи сѣо ѣерѣера; ако ли себар ойсуге власѣелина, или власѣеличића, да илаѣи сѣо ѣерѣера и да се осмуди.*

Овај члан се надовезује на члан 50. и оно што га чини правним трансплантом јесте казна смуђења, која подразумева паљење браде и косе (од глагола осмудити, *comburare barbam et caput*). Етимологија речи помаже да се утврди порекло ове казне. Наиме, ова реч се као именица не среће у старим српским текстовима. Она је била заступљена у средњовековној Србији и Дубровнику, за разлику од Византије, где се ово кривично дело кажњавало присилним шишањем, са намером да се ошишани обешчисти. Закључујемо да је ова казна води порекло са истока и да је у средњовековну Србију доспела путем византијског обичајног права. Брада је на истоку била симбол угледа и достојанства, док је шишање до голе коже приличило само робовима.⁸⁴

Чл. 57. О злоби: *Који власѣелин на ѣриселици из злобе које зло учини: земљи ѣленом, или куће ѣойали, или које било зло учини, да му се ѣа област ѣзме и не да друѣа.*

По свему судећи, овим чланом у српско средњовековно право је уведен појам умишљаја из византијског права (о чему је било речи у овом раду), а што нам говори и његова грчка формулација – „пизма“. Старо српско обичајно право није захтевало виност (кривицу) извршиоца као услов за постојање кривичног дела, већ је до тога дошло пре свега захваљујући византијском праву.⁸⁵

Чл. 69. О сабору себрова: *Збора себрова да не буде, а ако се ко нађе као саборник, да му се уши одсеку, и да се осмуде ѣокреѣачи.*

Овде је реч о злонамерном скупу, који је угрожавао интересе тадашње државе и њеног уређења. Непосредни византијски извор код овог члана су највероватније биле Василике (Lib.LX, Tit. XXXVI и LXI).⁸⁶ Никола Радојчић је изнео све римско-византијске одредбе, од Теодосијевог зборника (*Theodosiani libri*) до Синтагме, којима се доказује да је оваква одредба пресађена из римско-византијског права и дошао је до закључка да српски сабор себрова није ништа друго до *consilium rusticanorum* из лангобардског права.⁸⁷

84 А. В. Соловјев, *Законик*, 219–220.

85 Н. Селаковић, *Душанов законик*, 49–50.

86 Н. Селаковић, *Душанов законик*, 53.

87 Никола Радојчић, „Душанов законик и византијско право“, *Зборник у част ѣсѣе сѣоѣодишѣице Законика цара Душана*, САНУ, Београд 1951, 70.

Чл. 87. О хотимичном убиству: *Ко није дошао хоймице, силом, ње је учинио убиство, да њлаји ѡрисѡа ѡерѡера, ако ли је дошао хоймице, да му се обе руке одсеку.*

Разликовање умишљајног од нехатног облика убиства (о чему је било више речи у раду), које је заступљено у овом члану, говори о његовом византијском пореклу. Пета глава Ф-састава Синтагме носи назив „О убиствима волних и неволних“⁸⁸ и њоме су прописане ригорозне казне. Законодавац је одлучио да остави византијски систем казни код умишљајног убиства (нема више вражде), међутим, то нису ни конфискација имовине ни одсецање главе (што је био случај у византијском кривичном праву), већ одсецање обе руке. Може се рећи да је српско друштво љубоморно и дуго „гајило“ своје обичајно кривично право и бранило га од свих страних утицаја. То можемо видети и на примеру овог члана, код кога се код казне за убиство комбинују српска вражда (која је износила 500 перпера) код нехатног и ублажена византијска телесна казна код умишљајног убиства.⁸⁹

Чл. 96. О убиству: *Ко се нађе да је убио оца, или мајѡер, или брајѡа, или чедо своје, да се ѡај убица сажеже на ојѡу.*

Овим чланом законодавац регулише кривично дело убиства у породици, за које је предвидео најстрашнију казну, коју је садржало и византијско право – спаљивање на ломачи. У Синтагми се убица сродника из праве линије кажњавао, док се сродник из побочне линије уопште не помиње. За разлику од ње, ДЗ спомиње и брата. Српски законодавац је тако поменуто одредбу из Синтагме допунио и разјаснио, тако што је пресадио одредбу из Прохирона (XXXIX, 35).⁹⁰

Чл. 99. и 100. О запаљивању: *Ко се нађе да је ужеѡао кућу, или ѡумно, или сламу, или сено, да ѡо село да заѡаљивача, ако ли ѡа не да, да ѡлајѡи оно село ѡѡо би заѡаљивач ѡлајѡио.*

О запаљивачима гумна: *Ако ли ко ужеже изван села ѡумно, или сено, да ѡлајѡи околина, или да даде заѡаљивача.*

У члану 99. предочен је начин примене санкције за кривично дело запаљивања, ако је кривично дело учињено у селу, док члан 100. говори о околностима када је учињено ван села. Ово кривично дело помиње Прохирон (XXXIX, 18), који његовог учиниоца кажњава спаљивањем или одсецањем обе руке, у зависности од личности учиниоца.⁹¹ Овај члан је, дакле, засигурно преузет из византијског

88 М. Властар, *Синѡаѡа*, 372.

89 Н. Селаковић, *Душанов законик*, 57.

90 *Ibid.*

91 *Ibid.*, 58.

законодавства, али с прилагођавањем српским схватањима, а о овој врсти злочина говори и Властарева Синтагма.⁹²

Чл. 109. О отровима: *Мађиник и отировник, који се нађу на делу, да се казне ђо закону светѝих отаца.*

Члан о „мађинику и отровнику“ је дословце преузет из римско-византијског права и то у целини (што закључујемо на основу упућивања на примену закона светих отаца). Познато је да су поједини византијски правни зборници санкционисали овакве случајеве и то: Јустинијанов кодекс (IX,18,3), Прохирон (XXXIX,20), али и Синтагма, из које ДЗ преузима ову одредбу. У њој је предвиђено четрнаест одредби, које санкционишу различите облике враћбина.⁹³

Чл. 145–150. Према Соловјеву, у овим члановима ДЗ-а садржана је повеља цара Душана против хајдука и непознатих крадљиваца. Код ових чланова углавном се ради о казнама које нису биле карактеристичне за српско средњовековно право и које је законодавац засигурно преузео из Византије. Члан 145. предвиђа да се разбојник казни вешањем наопачке, а лопов да се ослепи. Обе ове казне су чисто византијске. Члан 150. предвиђа начин оправдавања разбојника или лопова железом. Правдање железом није било познато старом српском праву, већ се оно се јавља у Византији не у писаном, већ у обичајном феудалном праву. Тако, на пример, никејски цар Јован Ватац наређује око 1240. године будућем цару Михаилу Палеологу да се оправда усијаним гвожђем.⁹⁴

Чл. 166. О пијаницама: *Пијаница отѝкуда иде и изазива коѝа, или ђо-сече, или окржави, а не досмрѝи, ѝаковому ѝијаници, да му се око извади и рука отѝсече. Аколи ѝијан задере, или каѝу кому скине, или друѝу срамоѝу учини, а не окржави, да ѝа бију, да се удари иѝѝајовима сѝо ѝуѝа, и да се врѝне у ѝамницу, и ѝоѝом да се изведе из ѝамнице, и да се отѝѝ бије и ѝуѝѝи.*

У овом члану говори се о телесним повредама и увредама које некоме учини лице у алкохолисаном стању. Византијски утицај у овом члану огледа се код казни, које су предвиђене за учиниоце наведених кривичних дела. Оне су типичне византијске (вађење ока, одсецање руке, батинање, утамничење).⁹⁵ Треба напоменути да српски законодавац пијанство не сматра за олакшавајућу, већ напротив,

92 Н. Радојчић, *Душанов законик*, 71.

93 Н. Селаковић, *Душанов законик*, 60–61.

94 А. В. Соловјев, *Законик*, 293–297.

95 Н. Селаковић, *Душанов законик*, 72.

за отежавајућу околност, што је у складу са ставовима које је заузимала православна црква по овом питању.

Један од примера правних транспланата из области општег дела кривичног права представља пример са плаћањем казне у случају саизвршилаца. Наиме, као што је већ напоменуто у овом раду, сваки од саучесника био је кажњаван. Питање је само на који начин. У случају глоба постоје две могућности: архаичније решење, према којем би се износ глобе поделио између учинилаца, и напредније, према којем би сваки платио наведени износ. Мада већина норми не напомиње ништа изричито (будући да претпостављају учиниоца-појединца), норма о кажњавању поротника који ослободе кривца (где стоји да они плаћају по хиљаду перпера) указује на то да је у средњовековном српском праву било примењено ово напредније решење. То је веома значајно јер показује да су Душанови законодавци логику индивидуалне субјективне одговорности, заступљену у нормама византијског права, у којем су доминирале казне које су погађале личност, умели да примене и ван њеног изворног контекста, на традиционалне словенске казне – глобе – код којих је њена примена далеко мање очигледна.⁹⁶

8. ВИЗАНТИЈСКИ УТИЦАЈ У ПЕРИОДУ НАКОН ЦАРА ДУШАНА

Цар Душан је убрзо након проглашења законика преминуо (1355). Немамо никаквих података о неком законодавном раду потоњих српских владара, осим деспота Стефана Лазаревића.⁹⁷ Српска држава је убрзо након његове владавине дошла под Османско царство, али је Душанов законик и даље, захваљујући многим преписима, наставио да живи у народу све до XVIII века, а самим тим и правни прописи византијског права у њему. У првој половини XVII века видимо један озбиљан рад на преради ДЗ-а, под окриљем Пећке патријаршије, највероватније у доба патријарха Пајсија, којом отпочиње млађа редакција преписа ДЗ-а. Она је имала практичне сврхе – за изборни суд цркве и за судове аутономних кнежина. Многе одредбе византијског права су остале у овој преради, а неке од њих су испале, као нпр. одредба Скраћене Синтагме о убиству (што нам

⁹⁶ Н. Кршљанин, „Саучесништво“, 180–181.

⁹⁷ Његов Закон о рудницима (из 1412. године) није био општи правни акт, већ је важио само на подручју града Новог Брда и био је практичне намене, намењен организацији рударске производње и регулисању градског живота Новог Брда, без трагова кривичног права. З. Мирковић, *Српска правна историја*, 28–29.

можда говори о томе да је надвладало обичајно право). Да је ова прерада била широко позната у српским земљама и да се примењивала у судовима, видимо из тога што поједини њени примерци потичу из Далмације и Црне Горе, а један је у XVIII веку уписан у званичну збирку закона аутономне грбаљске жупе у српском Приморју. Неке трагове ове прераде можемо наћи и у првим црногорским законима из 1798. године.⁹⁸ Новоуведени турски закони су ипак довели до општег назадовања културе и слабљења традиције византијског права и српских обичаја.

Интересантан спомен о црквено-византијској правној традицији сачувао је прота Матеја Ненадовић. Кад је покушао да српским устаницима „суд остави“, узео је Крмчију „и читао законе Јустинијанове и Мојсијеву строгост над Јеврејима“ и „исписао неколико параграфа из Крмчије“. Седам параграфа из кривичног права, које наводи прота Матеја у својим Мемоарима, нешто личе на византијске одредбе (нарочито члан 2, О отмици), док са ДЗ-ом немају сличности. Ово је последњи покушај да се у Србији оживи традиција византијског права.⁹⁹

Међутим, Карађорђево законик, иако је настао у далеко другојачијим приликама и скоро четири века након Душановог законика, представља синтезу средњовековног српског, црквеног, османског и аустријског граничарског права. Један члан овог законика нарочито је занимљив научницима који се баве упоредним правом. У питању је члан 37. који на посредан начин говори о хајдуцима (разбојницима) и крадљивцима. Наиме, иако је засигурно присутан и утицај аустријског граничарског права, овај члан неизмерно подсећа на чланове 145, 146. и 150. ДЗ-а.¹⁰⁰ Он нам говори о предаји живог „разбојника“ суду где ће му бити пребијене руке и ноге након чега ће бити разапет на коло одн. точак. Да је овај члан преузет из ДЗ-а говори и постојање колективне одговорности села коју овај члан прописује (која је била нарочито карактеристична за одредбе ДЗ-а и која је била плод српског обичајног права), док се византијски утицај огледа у суровости казне за разбојнике (у ДЗ-у је то било вешање наглавачке), као и у постојању правдања железом за оптуженог разбојника у недостатку других доказа (као и у члану 150. ДЗ-а), које је од Османлија преузето под именом „мазија“.¹⁰¹ Поред поменутог члана,

98 А. В. Соловјев, „Значај византијског права“, 125.

99 *Ibid.*

100 Н. Радојчић, *Законик*, 71–72.

101 Зоран С. Мирковић, *Карађорђево законик (кривично, њородично и државно њраво устђаничке Србије)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 148–157.

трагове византијског права у време Првог српског устанка можемо приметити само још у црквеном животу. Милошева Србија доста је дуго живела по обичајном праву. Снажан утицај правног духа Западне Европе, заснован умногоме на римском праву, дошао је да истисне и српско обичајно право и тад већ избледеле трагове византијског права, које је од XII до XVIII века вршило толики утицај на српску културу.

9. ЗАКЉУЧАК

Док се у Падови и Болоњи глосирало и коментарисало римско право и док су у остатку Европе још увек важили *leges barbarorum*, на Истоку је живела читава једна царевина, која је била наследница римског имена и права. Византија је због свог ауторитета (јер се кроз векове сматрала за једино хришћанско царство), ауторитета Источне православне цркве и ауторитета високоразвијене културе и правног система, била узор многим суседним народима, који су у великој мери црпили богатства њене културе, књижевности, уметности и правног система. Од почетка тринаестог века па све до распада Душановог царства српско право се развијало под непосредним утицајем византијског права. Понекад је овај утицај римско-византијског права долазио и са запада (преко приморских градова, а пре свега Дубровника), о чему говори покушај увођења смртне казне за убиство у време краља Милутина. Међутим, српски правници прихватили су византијско право у највећем броју случајева непосредно превођењем византијско-римских правних зборника са грчког језика, због чега се често дешавало да се смисао појединих римских правних установа мењао.

Формални утицај римско-византијског права на српско почиње још од доношења Савиног Номоканона. Примањем хришћанства из Византије и ступањем Законоправила на правну снагу, постављени су темељи рецепције византијске културе у средњовековној Србији. Тај процес је трајао непрекидно, а најинтензивнији је био за време владавине цара Душана. Пошто је и сам ДЗ био претежно јавноправног и кривичноправног карактера, византијски утицај је у највећој мери био присутан на ова два поља, а свој врхунац је доживео у систему кажњавања. То је зато што је кривично право до тада било највише регулисано српским обичајним (неразвијеним) правом (вражда, колективна одговорност, велика заступљеност глобе, али и крвне освете итд.), док је византијско право било умногоме напредније у односу на њега (преузели су појмове виности, индивидуалну кривичну одговорност, итд.). Чињеница, коју је овај рад показао, јесте да је

поље кривичног права поље на коме су се највише разликовали српско и византијско право. Да, као освајач, не би наметао грчком становништву у свом царству српско, неразвијено кривично право, цар Душан је морао да направи хармонију на овом пољу са византијским правом. Такође, тадашње српско грађанско право је већ било слично византијском, што због ранијих преузимања, али и његове рецепције кроз друга два дела кодификације (нађе се понеки члан грађанског права и у ДЗ-у), што због утицаја заједничке – православне – цркве. Још треба додати да је настанак царства био период када се због различитих историјских и социолошких околности појавила потреба за поштравањем санкција.

Оваквом рецепцијом, а и уопште рецепцијом римско-византијског права, цар Душан је желео да своју државу организује на византијски начин и да се тиме још више приближи Византији (тачније, византијском народу) и прикупи подршку грчких поданика своје државе. Примање царске круне и преузимање титуле „цар Срба и Грка (Σερβίας καὶ Ρωμανίας)“ су чињенице које јасно указују на његову тежњу да замени оба претендента на цариградски престо, и Палеолога и Кантакузина (првобитног савезника, а потом непријатеља) и да се покаже грчким грађанима као најјачи у борби и најпогоднији за престо. У Византији је већ итекако била позната појава отимачине за престо, међутим, претедент није могао постати било ко, већ само признат и легитиман цар, крунисан од стране патријарха, што је била замисао којом се водио цар Душан. У овој борби спречили су га његова прерана смрт (постоје сумње да је отрован), али и појава Турака Османлија на европском тлу (први пут као савезници Јована Кантакузина), против којих је водио безуспешне битке. Међутим, остаје историјска чињеница да је захваљујући њему српска средњовековна држава имала веома модерне и напредне законе тога доба због огромног утицаја византијског права, премда је велика штета што нема много доказа о практичној примени тих прописа.

БИБЛИОГРАФИЈА

ИЗВОРИ:

- Јелена Антоновић (ур.), *Силашутш ірада Кошора*, Државни архив Црне Горе, Котор 2009.
- Матија Властар, *Синшаіма*, превод Татјана Суботин-Голубовић, САНУ, Београд 2013.
- Владимир Мошин (прир.), *Ljetopis Popa Dukljanina, latinski tekst sa hrvatskim prijevodom i hrvatska kronika*, Матица хрватска, Загреб, 1950.

Владимир Мошин, Сима Ђирковић, Душан Синдик (прир.), *Зборник средњовековних ћириличких повеља и писам Србије, Босне и Дубровника*, књига 1, Историјски институт, Београд 2011.

Стојан Новаковић (прир.), *Законик Стефана Душана цара српског*, Београд 1898.

Никола Радојчић (прир.), *Законик цара Стефана Душана 1349 и 1354*, Београд 1960.

A. Šoljić, Z. Šundrica, I. Veselić (prir.), *Statut grada Dubrovnika / Liber statutorum civitatis Ragusii (1272), na osnovi kritičkog izdanja latinskog teksta V. Bogišića i K. Jirečka*, Državni arhiv u Dubrovniku, Dubrovnik 2002.

ЛИТЕРАТУРА:

Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2018.

Vlatka Vukelić, Matija Stuparić, „Rimski pogrebni običaji“, *Povijest i nastavi*, vol. XV, 1(28)/2017, 5–42.

Александар Б. Ђурић, *Моћив у кривичном праву*, Пеликан принт, Ниш 2006.

Στέφανος Ευθυμιάδης, *Δημόσιος και Ιδιωτικός Βίος στον Βυζαντινό και Μεταβυζαντινό Κόσμο*, Πάτρα 2001.

Анита Илић, *Историјски развој друшћивене реакције на криминално понашање*, мастер рад одбрањен на Правном факултету Универзитета у Нишу, Ниш 2013.

Михаил Н. Јасински, „Уговори српских владара са Дубровником као споменици старог српског права“, *Архив за правне и друшћивене науке*, књ. XXI, 3/1930, 169–178.

Љубица Кандић, „Допринос руских емиграната – професора Правног факултета у Београду проучавању Душановог законика“, Сима Ђирковић, Коста Чавошки (ур.), *Законик цара Стефана Душана: зборник радова са научној скућа одржаној 3. октобра 2000, поводом 650 година од појављивања*, САНУ, Београд 2005, 97–107.

Нина Кршљанин, „Сталешка неједнакост у казненом праву Душановог законика“, *Сирани правни животи*, 3/2012, 413–428.

Нина Кршљанин, „Саучесништво у средњовековном српском праву“, Зоран С. Мирковић, Нина Кршљанин (ур.), *125 година од рођења Александра Васиљевича Соловјева*, Београд 2016, 165–181.

Биљана Марковић, *Јустинијанов закон*, САНУ, Београд 2007.

Σάββας Μαυροματίδης, *Η οργάνωση & η απνομή της δικαιοσύνης στη Βυζαντινή αυτοκρατορία* – Εγκλημα & τιμωρία, Αθήνα 2014.

Зоран С. Мирковић, *Карађорђево законик (кривично, породично и државно право устаничке Србије)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008.

- Зоран С. Мирковић, „Византијски утицаји на кривично право у средњовековној Србији – погледи Теодора Тарановског и Александра Соловјева“, Зоран С. Мирковић, Нина Кршљанин (ур.), *125 година од рођења Александра Васиљевича Соловјева*, Београд 2016, 155–156.
- Зоран С. Мирковић, *Српска правна историја*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017.
- Dimitri Obolensky, *The Byzantine Commonwealth: Eastern Europe 500–1453*, Praeger, New York 1971.
- Георгије Острогорски, *Историја Византије*, Народна књига, Београд 1993.
- Никола Радојчић, „Душанов законик и византијско право“, *Зборник у часи шесте стоогодишњице Законика цара Душана*, САНУ, Београд 1951, 45–57.
- Никола Селаковић, *Душанов законик и правни трансланти*, Београд 2007, награђени рад са конкурса Фондације Алан Вотсон, <http://www.ius.bg.ac.rs/informacije/Dusanov%20zakonik%20i%20pravni%20transplanti%20-%20N%20Selakovic.pdf>, приступљено 15. јуна 2020.
- Александар В. Соловјев, *Одабрани споменници српскога права (од XII до краја XV века)*, Београд 1926.
- Александар В. Соловјев, *Градски закон у средњовековној Србији*, прештампано из Архива за правне и друштвене науке, књ. XVI, Београд 1928.
- Александар В. Соловјев, *Светосавски номоканон и његови нови уређивања*, Народна штампарија, Београд 1932.
- Александар В. Соловјев, „Значај византијског права на Балкану“, *Годишњица Николе Чуйића* 37/1928, 95–141.
- Александар В. Соловјев, *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Скопље 1928.
- Александар В. Соловјев, *Посланик и значај Душановог законика*, Београд 1928.
- Александар В. Соловјев, *Један словенски утицај у византијском праву*, Штампарија „Привредник“, Београд 1932.
- Александар В. Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године*, САНУ, Београд 1980.
- Драгослав Срејовић et al., *Историја српског народа, прва књига (од најстаријих времена до Маричке битке (1371))*, Београд 1942.
- Andreas Schminck, *Studien zu mittelbyzantinischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main 1989.
- Теодор Тарановски, *Историја српског права у Немањинској држави*, Лирика, Београд 2002.
- Јелена Трифуновић, *Кривично право и судски процес у Душановом законнику*, мастер рад одбрањен на Правном факултету Универзитета у Нишу, Ниш 2013.

- Σπύρος Ν. Τρωιάνος, *Εγκλημα και Τιμωρία στο Βυζάντιο*, Αθήνα, Ίδρυμα Γουλανδρή Χορν 2001.
- Edwin Hanson Freshfield, *A Manual of Byzantine Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1930.
- Edwin Hanson Freshfield, *The Procheiros Nomos*, Cambridge University Press, Cambridge 1928.
- Срђан Шаркић, „Рецепција грчко-римског (византијског) права у Србији“, Сима Ђирковић, Коста Чавошки (ур.), *Средњовековно право Срба у оīлегалу историјских извора*, САНУ, Београд 2009, 1–7.
- Срђан Шаркић, „Утицај византијског права на средњовековно српско право“, *Slovene = Словѣне: International Journal of Slavic Studies*, vol. 4, 2/2015, 106–118, доступно на: http://slovene.ru/2015_2_Sarkic.pdf, приступљено 3. новембра 2020.

Vasilije Z. MITROVSKI*

THE INFLUENCE OF BYZANTINE LAW ON CRIMINAL LAW IN MEDIEVAL SERBIA

Summary

This paper discusses the influence that the advanced and developed Byzantine law had on the law of the medieval Serbian state in the period from the beginning of the 13th century until the disintegration of Tsar Dušan's empire, during which this influence reached its peak. Specific historical and sociological circumstances, the need to tighten sanctions, and the dominant influence of the Orthodox Church have led to the Byzantine influence being mostly reflected in the field of criminal law, more precisely, in the system of punishment. This influence penetrated among the Serbs gradually, directly from Byzantium, mostly through the translation and adoption of important Byzantine legal codes, but there were examples that show that there was an influence of Roman-Byzantine law that came from the statutes of coastal cities, which contained this type of law thanks to the redactions of Justinian's legislation done by the glossators. The author follows this influence even after the death of Tsar Dušan and the disintegration of his empire, which is still evident at the beginning of the 19th century.

Key words: *Byzantium. – Criminal Law. – Medieval Serbian law.*

Рад приспео / Paper received: 15.6.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 15.9.2020.

* First year student of the University of Belgrade Faculty of Law,
e-mail: mitrovskizm@gmail.com

This paper is a modified version of a seminar paper on the subject of Serbian legal history.

UDC 343.71(497.11)"13"

340.15(497.11)"13"

CERIF: S149, H220, H300

DOI: 10.51204/HLH_20104A

Андреј ЦОНФАЛОНИЕРИ*

РАЗБОЈНИШТВО У ДУШАНОВОМ ЗАКОНИКУ

Душанов законик из 1349. године садржи само једну одредбу о разбојништву, јер је ово кривично дело регулисала Скраћена синџама Маџије Властара, па је законодавац сматрао да није потребно прописивање нових одредаби. Ипак, у дојунама из 1354. посвећена је велика пажња борби против разбојника и лопова. Разбојници ухваћени на делу су кажњавани смрћу, а они који нису ухваћени на делу лобом. У случају недоследног доказа, био је предвиђен посебан облик божје судије, правдање железом. Село је било колективно одговорно у случају скривања разбојника, у случају наношења штете људнику услед неизвршења дужности чувања љушера и у случају крађе царевих свиња. Предвиђена је дужност вођења општег истраге за њиховог власника, управника властелинства и старешине, а они би били кажњавани као разбојници у случају немара и неизвршавања њихових обавеза. Уведено је више одредаба за заштиту њиховог и људника од разбојника и лопова (право на преноћиште људника у селу и одговорност управитеља, њиховог, села и владара за насталу штету, обавеза кефалија да њихове стражу на љушерама). Рад покушава да објасни факторе који су утицали на њихову кажњавања за разбојништво; конкретно, утицај византијског права, прихватање хришћанства (бол предвиђања могућности да се учинилац искупи за своје прехове), и генерално-државну сврху казне.

Кључне речи: Разбојништво. – Душанов законик. – Колективна одговорност. – Смртна казна. – Средњовековна Србија.

* Аутор је студент друге године на основним академским студијама на Правном факултету Универзитета у Београду, andrej.confalonieri@gmail.com

1. УВОД

Људској заједници је од давнина познато противправно одузимање туђе имовине с намером присвајања, односно крађа у свим својим облицима.¹ Настанком приватне својине јавила су се и кривична дела против имовине,² због чега сваки правни поредак предвиђа норме којима се имовина штити. Већ се у првим законима старог света могу препознати казнене одредбе за лопове и разбојнике. Наиме, разбојништво је кривично дело које је кажњавано у свим правним порецима кроз историју, зато што представља зло само по себи (*mala in se*), па је „врло мало подложно променама с обзиром на историјски период“.³ Једино што се мења јесте предвиђена санкција за учиниоца овог кривичног дела. С обзиром на различите казне, може се рећи да је „карактеристика својствена кривичном праву велика разноликост казни прописаних за исто кривично дело у различитим историјским периодима“.⁴

Значај сопствене имовине у почетку није био велики, јер је доминантни облик својине био колективна својина,⁵ па је за кривично дело разбојништва често било прописано гоњење по приватној туж-

- 1 Примера ради, у римском праву се није правила разлика између крађе и разбојништва (*rapina*) до првог века пре нове ере, док се касније *rapina* састојала у одузимању туђе покретне ствари уз примену силе да би се прибавила имовинска корист. Морала је постојати свест учиниоца да ствар припада другом лицу. Оштећеном је заштита била пружана кроз две тужбе: *actio vi bonorum raptorum*, односно специфичне тужбе против разбојника којом је оштећени наплаћивао четвороструку вредност ствари од сваког учесника у разбојништву и *actio furti*, односно тужба против лопова. Bernard S. Jackson, „Some comparative legal history: robbery and brigandage“, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 1, 1/1970, 61; Ferdinand Mackeldey, *Manuale di diritto romano contenente la teoria delle istituti preceduto da una introduzione allo studio del diritto romano*, Prima traduzione italiana, Tipografia Pacini, Cardinali e C., R. Biblioteca di Cremona 1843, 304–307; Жика Бујуклић, *Римско приватно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2017, 419.
- 2 Зоран Стојановић, Наташа Делић, *Кривично право, Посебни гео* (шесто допуњено издање), Правна књига, Београд 2019, 125.
- 3 Зоран Стојановић, *Кривично право, Општи гео* (двадесет шесто допуњено издање), Правна књига, Београд 2019, 193.
- 4 „A noteworthy feature of criminal law is the great variety of penalties provided at different times for the same offence“. Carl Ludwig von Bar *et al.*, *A History of Continental Criminal Law*, Translated by Thomas S. Bell *et al.*, The Continental Legal History Series., Little, Brown and Company, Boston, Massachusetts, US. 1916, Introduction by Edwin R. Keedy, I.
- 5 Вид. Dragomir Stojčević, „Gens, Consortium, Familia“, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Vol. 1, Milano 1971, 425–437; Сима Аврамовић, Војислав Станимиро-

би, односно овај деликт је тад сматран приватним деликтом.⁶ Међутим, временом је значај приватне својине почео да расте па је ово кривично дело прерасло у јавни деликт који се гони по службеној дужности. Штавише, данас се кривично дело разбојништва сматра једним од најтежих („опасних“)⁷ кривичних дела и за њега су прописане строге казне, јер се њиме, поред имовине, напада и личност. То га чини не само имовинским, него и насилничким кривичним делом⁸ које се и данас често извршава у пракси.⁹

С обзиром на наведено, сматрамо оправданим изучавање начина регулисања кривичног дела разбојништва у прошлости, јер „сваки друштвени феномен заслужује да буде размотрен и са историјског аспекта“.¹⁰ Такође, како каже Ричард Поснер (*Richard Posner*), „од свих професија, право се највише оријентише према историји“.¹¹ Отуда је оправдано проучавати правну историју јер се тако долази до сазнања о садашњим правним институтима. Другим речима, „историја помаже да разумемо садашњост и у ненормативном смислу“,¹² а познавање прошлости омогућава доношење бољих

вић, *Упоредна правна традиција*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2018, 70 и даље.

- 6 То је нпр. учињено у атинском и у римском праву до 76. године пре нове ере. Вид. С. Аврамовић, В. Станимировић, 123; В. Jackson, 61. Упор. Ж. Бујуклић, 419.
- 7 Милан Шкулић, „Англосаксонска доктрина „одбране замка“ у кривичном праву САД и њене могуће рефлексије на нужну одбрану у српском кривичном законодавству“, Ђорђе Игњатовић (ур.), *Казнена реакција у Србији*, VII део, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2017, 61.
- 8 Јасмина Игњачки, „Кривичноправни и криминолошки аспекти насиља и насилничког понашања“, Лепосава Крон (ур.), *Зборник Института за криминолошку и социолошку истраживања*, Година XXXIII/2014, Број 1, Институт за криминолошку и социолошку истраживања, Београд 2014, 140–141.
- 9 Разбојништво је најчешће извршено насилничко кривично дело у Србији. Вид. Marina M. Simović, Dragan Jovašević, „Imovinska krivična djela sa elementima nasilja i organizovanog kriminaliteta“, Miodrag N. Simović (ur.), *Krivično zakonodavstvo i funkcionisanje pravne države*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu / Grad Trebinje / Ministarstvo pravde Republike Srpske, Trebinje 2018, 198–199.
- 10 Александар Стевановић, „Утицај економских фактора на настанак и развој организованог криминалитета“, Бранислава Кнежић, Ивана Стевановић, Јанко Међедовић (ур.), *Зборник Института за криминолошку и социолошку истраживања*, Година XXXVIII/2019, Број 1, Институт за криминолошку и социолошку истраживања, Београд 2019, 114.
- 11 „Law is the most historically oriented... of the professions“. Jonathan Rose, „Studying the Past: the Nature and Development of Legal History as an Academic Discipline“, *The Journal of Legal History*, Vol. 31, 2/2010, 101–128.
- 12 „History helps us understand the present... in a nonnormative... manner“. Ibid.

прописа у будућности. Проучавати разбојништво у Душановом законику као једном од најзначајнијих српских средњовековних правних споменика, релевантно је из неколико разлога. Пре свега, начин регулисања разбојништва у Душановом законику био је од утицаја на потоње српско право, па се нпр. смртна казна за тешке случајеве разбојништва задржала у Србији све до 2002. године.¹³ Даље, помоћу одредаба о разбојништву се могу схватити проблеми са којима се суочавала српска средњовековна држава. Оне указују на то да није постојала разграната државна управа. Због тога се могу приметити различите врсте колективне одговорности села за скривање разбојника и обавеза господара да воде општу истрагу против разбојника и лопова. Напослетку, у српској држави вршење разбојништва међу различитим сталежима реметило је социјалне односе, због чега се вршење овог дела кажњавало без обзира на сталешку припадност. Зато се разбојништво може проучавати као изузетак од уобичајеног прописивања различитих норми или казни за властелу и ниже сталеже. Уже теме којима се рад бави јесу начин уређења кривичног дела разбојништва у Душановом законику и казнена политика за то дело, као и разлози њеног заступања.

2. РАЗБОЈНИШТВО ПРЕ ДУШАНОВОГ ЗАКОНИКА

У српском праву је разбојништво било познато и пре доношења Душановог законика. Уобичајен назив за разбојништво јесте *јуса*. Тај термин се среће нпр. у хрисовуљи Хиландару (1276–1281) и у уговорима са Дубровником из 1281. и 1349. године. Разбојник је био *јусар*. У хрисовуљи св. Николи Мрачком из 1330. године користи се термин *разбој*.¹⁴

Сви разбојници су називани гусарима у почетку, док је касније појам гусара сужен и почео је да се користи само за одређене категорије делинквената (за морске разбојнике, пресретаче и нападаче на бродове, и за пљачкаше трговаца на бродовима и обалских насеља).¹⁵ Разбојништвом је сматрана свака крађа извршена силом или пре-

13 З. Стојановић, „Систем казни у кривичном праву Србије и потреба његовог даљег усавршавања“, Ђ. Игњатовић (ур.), *Казнена реакција у Србији*, V део, Београд 2015, 2, фн. 2.

14 Теодор Тарановски, *Историја српској права у Немањинској држави*, Лирика, 2002, 351.

15 Ђорђе Ђекић, „Гусари“, Сима Ђирковић, Раде Михаљчић (ур.), *Лексикон српској Средњеј века (ЛССВ)*, Београд 1999, 135–136.

тњом, што чини ово дело кривичним делом и против слободе и против имовине.¹⁶ То значи да је тада, исто као и данас,¹⁷ кривично дело разбојништва схватано као сложено кривично дело које се састоји од крађе и принуде.

Синтагма Матије Властара садржи одредбе о разбојништву у глави 12. слова А, а у глави 23. слова К говори о крађи и разбојништву. Властар је успео да разграничи ова два кривична дела према томе да ли се дело врши тајно (крађа) или употребом силе, коришћењем оружја или без оружја (разбојништво). Прописана казна за разбојнике и за оне који би уз коришћење оружја напали кућу или село јесте смртна казна на месту извршења дела (одсецање главе).¹⁸

16 Александар Соловјев, *Законодавство Стефана Душана, Цара Срба и Грка*, Београдски универзитет – Правни факултет, Београд 1928, 197. И данас влада овакво схватање. Наиме, кривично дело разбојништва се може посматрати двојако. Према врсти објекта заштите (имовина, имовинска права и интереси другог лица) ово кривично дело се може сврстати у имовинска кривична дела, док се према начину и средству предузимања радње извршења може сврстати у насилничка кривична дела, која су управљена против живота и телесног интегритета, односно слободе располагања другог лица. Ј. Играчки, 140–141.

17 Вид. З. Стојановић, Н. Делић, 138–142.

18 „Познати разбојници да се разапињу на местима где су извршили преступ, да би се таквим призором заплашили они који би тако нешто могли да предузму, и да то буде утеха сродницима убијених. Они који секу дрвеће и лозу кажњавају се као разбојници; ако више њих сече исто дрво, сваки од њих крив је као да је сам посекао цело (дрво), а ако пориче, да плати двоструку цену, ако призна, једноструку. Ако неко узима украдену ствар, биће саучесник преступнику и казниће се једнако као и он. Лопов је и онај ко тајно и без оружја врши преступ, па се не кажњава ни одсецањем уда, нити смрћу. Онај ко врши насилан преступ са оружјем, или без оружја, у којем год да је месту, кажњава се по закону“ (слово К, глава 23). „Онога ко пљачка после пожара или бродолома или у срушеној кући, закон осуђује да надокнади четвороструку цену унутар једне године, а пошто прође годину дана, да плати једноструку вредност. Исто важи и за онога ко у злој намери ово (то јест опљачкане ствари) прима. (Закон) не прихвата пљачкаше који и пре осуде враћају опљачкано, него их осуђује да плате четвороструку вредност. Ако неко силом отме покретне ствари, у оквиру једне године, уколико се потврди количина и изглед ствари, плаћа четвороструку вредност; ако се сазна за насилну отмицу, а сведоци не препознају украдено, онај који је претрпео насилну отмицу даје изјаву под заклетвом и добија од крадљивца суму једнаку изјављеној вредности украдене имовине. Они који са оружјем нападну и разарају туђе домове или њихве кажњавају се смртном казном“ (слово А, глава 12). Наведено према: Матија Властар, *Синџајма* (са српскословенског језика превела Татјана Суботин-Голубовић), Српска академија наука и уметности, Београд 2013.

3. РАЗБОЈНИШТВО У ДУШАНОВОМ ЗАКОНИКУ

3.1. Разбојништво у Душановом закону из 1349. године

С обзиром на чињеницу да је разбојништво исцрпно регулисано у Скраћеној синтагми, на сабору одржаном 1349. године у Серу, заступано је становиште да су се против разбојника могле користити управо одредбе о разбојништву које су биле прописане у Скраћеној синтагми и да није било потребе да се изнова пропишу.¹⁹ Ипак, у Душановом закону из 1349. године нису у потпуности изостављене норме у којима се спомиње ово кривично дело, јер се оно помиње у једном члану: „Градска земља, што је околo града, што се на њој отме или украде, да плати све то околина“ (чл. 126).²⁰ Прописана је колективна одговорност села чије би се површине граничиле са градском за штету коју су разбојници учинили.²¹ Одговорност села је долазила у обзир само у случају да се није нашао кривац.²²

3.2. Разбојништво у Душановом закону после допуна из 1354. године

С обзиром на чињеницу да се схватање заступано на сабору 1349. године није показало ефикасним, донета је одлука да се посвети велика пажња борби против разбојника и лопова у допуни Душановог закона 1354. године. Наиме, донете су нове одредбе које су биле оштрије и исцрпније.²³

Први члан који говори о разбојништву јесте чл. 143: „И ако се нађе разбојник, који прође кроз област крајишника, и пљачка где год и опет се врати с пленом, да плаћа крајишник седмоструко“.²⁴

19 А. Соловјев, *Законодавство*, 198.

20 Чланови наведени према: Никола Радојчић (прир.), *Законик Цара Стефана и Душана 1349. и 1354*, Српска академија наука и уметности, Београд 1960.

21 Ђорђе Бубало (прир.), *Душанов законик*, Завод за уџбенике / Службени гласник, Београд 2010, 204.

22 Стојан Новаковић (прир.), *Законик Стефана Душана, Цара српског 1349. и 1354*, Београд 1898, 223.

23 А. Соловјев, *Законодавство*, 198.

24 Анђелини (*Angelini*) наводи да је „кодификација Стефана Душана направила огроман корак напред у тачном одређивању кривичних дела и новчане казне која је са њима повезана“ („*la codificazione di Stefan Dušan aveva compiuto un notevole passo in avanti nella precisa determinazione del crimine e della pena pecuniaria ad esso connessa*“) јер су у закону „одређене разне новчане казне за различита кривична дела према њиховој тежини“ („*con la fissazione di un tariffario per i vari reati, proporzionato alla gravità*“). Код неких деликата су ипак казне зависиле од стале-

Ова одредба представља допуну чл. 49, која прописује одговорност крајишника за упад непријатељске војске коју он не би задржао на повратку из земље. Говори се о борби против разбојника, која представља дужност војводе-крајишника.²⁵ Наиме, властела која је била дужна да чува границу, била је дужна и да је чува од разбојника.²⁶ У овом члану се говори о разбојницима који би упали из друге државе у цареву државу ради плена.²⁷ Одговорност је настајала само ако крајишник не би спречио излажење разбојника из државе, а не при њиховом улажењу у исту.²⁸ Дакле, властелин – крајишник је увек морао да се брани (помоћу војника са својих имања) од туђе војске и разбојника, јер му је било забрањено новчаном казном.²⁹

Чл. 145–150. представљају покушај борбе против разбојника и лопова.

У чл. 145.³⁰ предвиђена је колективна одговорност³¹ села за случај скривања разбојника у селу. Циљ норме је била елиминација професионалних крађиваца и разбојника због учесталости вршења ових кривичних дела.³² Како каже Тарановски, „није ту у питању само де-

шке припадности учиниоца дела. Paolo Angelini, „L'influenza del Diritto Criminale Bizantino nel Codice di Dušan 1349–1354“, *Вукастива Суммејкта*, 21(1)/2011, 248.

25 А. Соловјев, *Законик Цара Сѣфана Душана 1349. и 1354. године*, Српска академија наука и уметности, Београд 1980, 282.

26 С. Новаковић, 231–232.

27 Ћ. Бубало, 204.

28 А. Соловјев, *Законик*, 282.

29 Т. Тарановски, 35.

30 „Заповеда царство ми: По свима земљама, и по градовима, и по жупама и по крајишима лопова и разбојника да није ни у чијем пределу. И овим начином да се укине крађа и разбојништво; У којем се селу нађе лопов или разбојник, то село да се распе, а разбојник да се стрмоглав обеси, а лопов да се ослепи, а господар села тога да се доведе свезан царству ми, да плаћа све што је учинио разбојник или лопов од почетка, и опет да се казни као лопов и разбојник.“

31 Институт колективне одговорности потиче из старог српског обичајног права (када се напад на особу из заједнице схватао као напад на целу заједницу, а и појединац је био схваћен као представник своје заједнице). Ипак, колективна одговорност се у Душановом закону јавља знатно ређе, јер је предвиђена „само у одређеним случајевима изричито предвиђеним закону“ („*solamente a determinate fattispecie espressamente previste nel codice*“), док се за већину деликата одговара на основу индивидуалне одговорности. P. Angelini, „L'influenza“, 227; P. Angelini, „The Code of Dušan 1349–1354“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review*, Vol. 80, 1–2/2012, 90; Драгош Јевтић, Драгољуб Поповић, *Народна правна историја*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2015, 79.

32 А. Соловјев, *Законик*, 294; Ћ. Бубало, 205.

кларација кривичне забране, него и проглас борбе на уништавање“ лопова и разбојника.³³ Опште јемство је управо „најјаче средство којим се Душаново законодавство служи против многих гусара“.³⁴ Оваква одредба је донета зато што је државни апарат средњовековних држава био скроман, па је због тога и у српској држави у средњем веку наметнуто органима власти територијалних заједница и самим територијалним заједницама да воде генералну истрагу.³⁵ Истрага се спроводила тако што би се на збору локалних становника саслушали учесници, који су били у обавези да именују познате лопове и разбојнике. Долазило би до гласања, па би се једногласно или већином гласова одредило ко су професионални лопови и разбојници, а они би се предали државној власти која би их казнила.³⁶ То значи да су се судије „царства ми“³⁷ ослањале на истрагу спроведену у селима, а, само изузетно, овај поступак су могле покренути и судије „царства ми“, у случају да неки професионални лопов или разбојник не би био предат власти, него би након тога био откривен у том селу.³⁸ Потребна за општом истрагом се јавља јер су разбојници угрожавали саобраћај и промет тако што су нападали трговце и путнике, па је било потребно не само да се учиниоци дела казне, него и да се разбојништво као појава сасвим уклони.³⁹ И разбојник и господар села би били кажњавани смрћу, а господар села би био и у обавези да надокнади сву штету, што показује да су феудални господари били најодговорнији кад би се у селу нашао професионални разбојник или лопов.⁴⁰ Дакле, они би били кажњавани строже од разбојника у случају немара и неизвршавања обавезе опште истраге.⁴¹ Појам „господари“

33 Т. Тарановски, 296.

34 А. Соловјев, *Законодавство*, 198.

35 Нина Кршљанин, „Колективна одговорност у Душановом законик у“, Слободан Перовић (ур.), *Правни животи*, 10/2011, том 2, 418; Биљана Марковић, „Разбојништво“, *ЛССВ*, Београд 1999, 621.

36 Т. Тарановски, 569–570.

37 Термин судије „царства ми“ се користи само у чл. 139. и 148, а у чл. 157. и 161. се користи и термин „судије цареви“. Зоран Мирковић, „Судије ‘царства ми’ Душановог законика“, Сима Ђирковић, Коста Чавошки (ур.), *Законик цара Свјетлана Душана: зборник радова са научној скупи одржаног у САНУ 3. октобра 2000, поводом 650 година од пројашења Законика цара Свјетлана Душана*, Београд 2005, 24.

38 Зоран Чворовић, *Душанов законик у руском оједгалу*, Catena Mundi, Београд 2018, 94–97.

39 Т. Тарановски, 352.

40 А. Соловјев, *Законик*, 295; Ђ. Бубало, 205.

41 З. Мирковић, *Српска правна историја*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2017, 70.

треба тумачити као „имаоци који су у селу седели и селом својим сами управљали“.⁴² Напослетку, село се кажњавало конфискацијом и расељавањем.⁴³

Прописано је да би на исти начин били кажњавани „и кнезови, и примићури, и владалци, и престојници, и челници, који се налазе управљајући селима и катунима“ (...) „ако се нађе код њих лопов или разбојник“ (чл. 146). Према Новаковићу, кнезови су „сеоске и катунске старешине по северозападним странама, даље од утицаја грчкога“, а примићури су исто то, али „у крајевима ближе са Грцима“.⁴⁴ Радојчић говори да је „примићур пастирски поглавица“,⁴⁵ а Бубало га дефинише као „старешину влашког катунa“.⁴⁶ Владалац је управни чиновник који се налазио у властеоским или црквеним селима.⁴⁷ Престојник је био „надзорни орган на властелинству“, а челник је појам који се користио за све управнике (од управника са двора до управника на манастирском имању).⁴⁸ Дакле, у овом члану се говори о одговорности⁴⁹ унутрашње администрације властелинстава, јер би владооци одговарали пред државом у случају нерада.⁵⁰

Иста казна као она предвиђена за разбојнике и лопове предвиђена је за господаре у случају када су „владалци известили господаре, а господари се направили као да не знају“ (чл. 147). Овај члан се односи на властелу која је управљала селом.⁵¹ То значи да „владалци“ не би одговарали за ситуацију предвиђену у претходном члану уколико би извршили обавезу извештавања господара о разбојницима и лоповима, а господари не би узели у обзир извештаје. Тада би одговарали само господари.⁵²

Законик даље говори о судском поступку против професионалних разбојника и лопова: „Судије, које царство ми постави по земљама да суде, ако пишу за шта било, за разбојника и лопове, или за које било судско решење, те пренебрегне писмо судије царства ми, или црква, или властелин, или који било човек, ти сви да се осуде као не-

42 С. Новаковић, 233–234.

43 Т. Тарановски, 350.

44 С. Новаковић, 233.

45 Н. Радојчић, 128–129.

46 Ђ. Бубало, 205.

47 С. Новаковић, 233.

48 Ђ. Бубало, 205.

49 Бубало говори о „командној одговорности“. Вид. *ibid.*

50 Т. Тарановски, 216.

51 А. Соловјев, *Законик*, 295.

52 Т. Тарановски, 216; Ђ. Бубало, 206.

послушници царства ми“ (чл. 148). Сви (црква, властелини и сваки други човек) су морали да извршавају судске наредбе о разбојницима и лоповима (које су имале општеобавезни карактер) или би били кажњавани као „непослушници“.⁵³ То значи да би били кажњавани као и у случају да нису послушали царску заповест.⁵⁴

Следи одредба о поступку и доказивању у случају хватања разбојника на делу. „Овим начином да се казни лопов и разбојник доказани. И овакво је доказивање: Ако се само лице ухвати у њих, или ако их ухвате у разбојништву или крађи, или их преда жупа или села, или господари, или властела, који су над њима, како је више уписано, ти разбојници и лопови да се не помилују, него да се ослепе и обе-се“ (чл. 149). „Лице“ се сматрало најважнијим, најјачим доказом. Под овим појмом су се подразумевали и осумњичени код кога би се наша-ла украдена ствар, и сама украдена ствар.⁵⁵ Другим речима, појам „лице“ не представља само особу, већ и *corpus delicti* код крађе.⁵⁶ Правила се разлика између разбојника (или лопова) ухваћених на делу и разбојника (или лопова) који нису ухваћени на делу.⁵⁷ Законо-давац у изворном тексту користи термин „обличеније“ које је означа-вало хватање на делу.⁵⁸ Разбојник ухваћен на делу је онај разбојник код кога је нађена украдена ствар, који је лично ухваћен у току извр-шења дела и онај који је предат жупи, селу, господару или властели-ну.⁵⁹ Доказна средства у овом случају су проналазак украдене ствари код осумњиченог, хватање учиниоца на делу и општа истрага.⁶⁰ За разбојника ухваћеног на делу је била прописана смртна казна без мо-гућности помиловања: био би обешен, а његово тело остављено да виси.⁶¹ Немогућност помиловања се није односила на помиловање учињено од стране владоца, већ на оно учињено од стране странке која је разбојника (или лопова) ухватила, а које се огледа у пуштању,

53 А. Соловјев, *Законик*, 296; Ћ. Бубало, 206.

54 С. Новаковић, 234–235. Вид. чл. 136.

55 Б. Марковић, „Поличје, лице“, *ЛССВ*, Београд 1999, 547.

56 А. Соловјев, *Законик*, 296.

57 З. Мирковић, *Срјска*, 69–70.

58 Законодавац не прави разлику између обличног лопова и разбојника. Д. Јевтић, Д. Поповић, 85.

59 Б. Марковић, „Поличје, лице“, 547; С. Новаковић, 235; Ћ. Бубало, 207.

60 Као доказно средство против професионалних лопова и разбојника се не јавља оптужба трећег лица изнуђена тортуром, јер српско средњовековно право не познаје тортуру (З. Чворовић, 99–103).

61 З. Мирковић, *Срјска*, 69–70. Занимљиво је навести да се смртна казна изрицала чешће за имовинска кривична дела него за убиство. Срђан Шаркић, „Казне“, *ЛССВ*, Београд 1999, 269–270.

односно мирењу.⁶² Уколико би се „лице“ нашло код оптуженог након што би оптужени био оправдан на суду, казнили би се они поротници који су кривца оправдали.⁶³ Треба напоменути да се није правила разлика између припадника различитих сталежа. Иако су у српској држави постојали сталежи, услед чега је постојала сталешка неједнакост у разним гранама права (у начелу се о томе водило рачуна и у кривичном праву),⁶⁴ у погледу неких кривичних дела у која спада и разбојништво, припадници различитих сталежа су исто кажњавани. Разлог за то јесте што се разбојништвом бавила и властела.⁶⁵ Питање је, међутим, колико су ове одредбе у пракси заиста спровођене, јер постоје примери који показују да је разбојништво најчешће кажњавано новчаном казном, а не смрћу, попут пресуде коју је донео лично цар Душан, у којој је је плаћена новчана казна за разбојништво праћено тучом на хиландарској земљи.⁶⁶

У случају непостојања правог доказа, било је предвиђено правдање железом, односно посебним обликом Божјег суда, које је прописано у чл. 150.⁶⁷ Оно се састојало у томе што би оптужени носио од црквених врата до олтара, и положио на олтар, усијано железо које је извадио из ватре.⁶⁸ Ако би ране зарасле после одређеног времена, то је значило да је он себе оправдао. У супротном би се сматрало да је крив.⁶⁹ За разлику од претходног члана, овде је предвиђена могућност помиловања.⁷⁰ Није ни изричито прописана казна, па је Тарановски

62 Најчешћи начин извршења кривичног дела игнорисања судијине пресуде у пракси је управо било кршење забране мирења. З. Чворовић, 105–109.

63 Б. Марковић, „Поличје, лице“, *ЛССВ*, 548.

64 Примера ради, правила се разлика према учиниоцу кривичног дела, односно нека кривична дела су могла учинити само припадници одређеног сталежа. Код већине кривичних дела која су могла учинити припадници свих сталежа, Законик прописује строже новчане казне за властелу, како би се обезбедила економска једнакост између властеле и нижих сталежа, али је властела изузета од телесног кажњавања, осим у случају вршења најтежих кривичних дела. Вид. Н. Кршљанин, „Сталешка неједнакост у казненом праву Душановог законика“, *Сирани правни животи*, 3/2012, 41 и даље.

65 Т. Тарановски, 280, 353.

66 З. Мирковић, „Византијски утицаји на кривично право у средњовековној Србији – погледи Теодора Тарановског и Александра Соловјева“, З. Мирковић, Н. Кршљанин (ур.), *Зборник радова 125 година од рођења Александра Васиљевича Соловјева*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 161–162.

67 „И ако ко потера судом разбојника и лопова, а не буде доказа, да им је оправдање железо, што је одредило царство ми, да га узимају на вратима црквеним из огња, и да га постави на светој трпези“.

68 Не постоје подаци који говоре о примени ове одредбе у пракси. С. Ђирковић, „Божји суд“, *ЛССВ*, Београд 1999, 53.

69 З. Мирковић, *Српска*, 69–70.

70 З. Чворовић, 105.

дошао до ње посредним путем, преко чл. 116.⁷¹ Он је закључио да је обични разбојник морао да плати глобу у износу вишеструке вредности украдене ствари.⁷² Према Тарановском, ова одредба се није односила на „обичне“ лопове и разбојнике (обично разбојништво се састојало у појединачном одузимању туђе ствари), већ само на професионалне и на оне ухваћене на делу. Он наводи да је за спорове о разбојништву и о другим тешким кривичним делима био надлежан државни суд (царски дугови или резервата),⁷³ при чему се поступак покретао по службеној дужности у случају професионалних разбојника и лопова, а по приватној тужби у случају обичних разбојника и лопова.⁷⁴ Чворовић сматра да је тумачење Тарановског погрешно и да не би требало раздвајати професионалне и „обличне“ лопове и разбојнике, јер, према Чворовићу, анализирани чланови праве разлику „према критеријумима доказног средства и забране мирења“, па би било оправдано правити разлику између обичне крађе и обичног разбојништва и „обличне“ крађе и „облично“ разбојништва.⁷⁵ Чл. 150. је последња одредба из новеле о разбојницима и лоповима.⁷⁶

Чл. 157–160. су посвећени заштити путника од разбојника и лопова, дужностима да се путеви чувају, и разним накнадама штете до којих би дошло у случају кршења ових обавеза.⁷⁷

Прописана је дужност кефалија⁷⁸ да поставе стражу која би чувала путеве од разбојника и лопова (чл. 157).⁷⁹ Уколико би ипак до-

71 „Ко што нађе у царској земљи, да не узме, те да не рекне, вратићу, ако ко позна, ако ли прихвати, или узме, да плати као тат или разбојник, а што нађе у туђој земљи, на војсци, да носи пред цара и војводу“.

72 Т. Тарановски, 350. Претпоставља се да су ове казне уређене правилима обичајног права и да су оне биле познате свима, што нас доводи до закључка да је фактички (иако не и формално) постојао правни дуализам. Вид. Никола Ф. Павковић, „Обичајно право“, ЛССВ, Београд 1999, 455–457.

73 За најтежа дела судио је лично владар који се сматрао највишим судијом. (З. Мирковић, *Српска*, 71.) Ипак, на основу чл. 145. и 148, може се закључити да би у пракси, по правилу, органи локалне заједнице морали да иницирају поступак против професионалних лопова и разбојника. (З. Чворовић, 93.)

74 Т. Тарановски, 272–277, 350–352.

75 З. Чворовић, 109–110. Може се закључити да Тарановски прихвата тродеобну поделу на „облично“ разбојништво, професионално разбојништво и обично разбојништво, док Чворовић прихвата дводеобну поделу на „облично“ разбојништво и обично разбојништво.

76 А. Соловјев, *Законик*, 296.

77 С. Новаковић, 243.

78 Кефалије су капетани, односно главари градова. (*Ibid.*, 240.)

79 „Где се налазе жупе смесне, села црквена и царева, и властeosка, и буду смесна села, и не буде над том жупом једнога господара, него ако буду кефалије и судије цареви, које је поставио цар, да поставе страже по свим путовима, и ке-

шло до напада, кефалије су биле дужне да плате штету оштећеном из сопствене имовине. Свој трошак су наплаћивали од стражара који су несавесно вршили своје обавезе, и од самих разбојника и лопова у случају да су ухваћени.⁸⁰ Села која се помињу нису само „властеоска“ и „царева“, већ и црквена, односно црквена села „не само да се тога не ослобођавају, него се чак спомињу поред села владаочевих и властеоских“⁸¹. С обзиром на чињеницу да су кефалије плаћале само новчану суму, може се закључити да је њихова одговорност била грађанска, а не кривична.⁸²

Чување страже је предвиђено и за села која су се налазила око напуштених брда: „Ако је пусто брдо међу жупама, села околна, која су око тога брда, да чувају стражу, аколи не ушчувају стражу, што се учини у том брду, у пустоши штета или разбојништво, или крађа или које зло, да плаћају околна села, којима је речено чувати пут“ (чл. 158). Уколико би дошло до штете, село је било колективно одговорно за њу.⁸³ Овај члан представља нову врсту општег јемства коју је увео Душанов законик.⁸⁴

Несметано путовање трговаца кроз Србију је било обезбеђено још једном нормом. „Купци, који пролазе ноћу, на ноћиште где дођу, ако их не припусти владалац или господар села тога, да преноће у селу купци, по закону цареву, како је у законнику, ако што изгуби путник, онај господар, и владалац и село све да плате, јер их нису у село пустили“ (чл. 159). Треба напоменути да Призренски препис Душановог законика не садржи речи „у селу“, док их садрже сви преписи старије редакције. Додатак се састоји у томе што би село одговарало у случају да у селу нису присутни господар и управник.⁸⁵ Објашњење ове норме се састоји у томе што је обавеза предвиђена за село, а владалац има улогу „заступника колектива“.⁸⁶ На основу овог члана, село, односно управитељи села и господари, били су у обавези да обезбеде преноћиште трговцима и другим путницима. Уколико би путник претрпео штету због ноћења ван села јер му нису пружени преноћиште и заштита у селу, претрпљену штету су били у обавези

фалијама да предаду путове, и да их чувају са стражама, и да, ако се ко опљачка или покраде, или се које зло учини, тај час иду кефалијама, да им плаћају од свога, а кефалије страже да траже и разбојнике и лопове“.

80 А. Соловјев, *Законик*, 303; Ћ. Бубало, 209.

81 Т. Тарановски, 95.

82 *Ibid.*, 388.

83 Ћ. Бубало, 210.

84 С. Новаковић, 241–242.

85 А. Соловјев, *Законик*, 304.

86 Н. Кршљанин, „Колективна одговорност“, 423.

да надокнаде управитељ, господар, и село. Законик не наводи изричито како је одговорност за штету подељена.⁸⁷

Функцију заштите трговаца и калуђера има и чл. 160.⁸⁸ Сваког покраденог трговца (без обзира на то да ли је над њим учињена крађа или разбојништво) исплатио би лично владар, који је после могао да тражи накнаду штете од кефалија и од властелинових жупских господара, који су били у обавези да организују чување страже на путевима.⁸⁹ Заправо, овде се ради о два различита члана, па их преписи Атонске групе раздвајају. Међутим, они су овде наведени у истом члану јер је то случај у Струшком и Призренском препису.⁹⁰ Први део члана (односно први члан) је омогућавао трговцима да се обрате цару ради накнаде штете, и цару да се наплати од кефалија и од властелинових жупских господара. Други део члана (односно други члан) говори о потребним условима за примену овог члана. Било је потребно да се путник, трговац или Латинин јави првим стражама са целокупном својом имовином, коју би страже предавале једна другој. Уколико би се нешто изгубило, кефалије и стражари су били у обавези да надокнаде штету, што нам показује да је, у пракси, могућност цара да одговара својом имовином предвиђена само на папиру.⁹¹ За време Царства, одговорност владара је била примарна. Пре⁹² и након тог времена, она је била супсидијарна: владар би морао да плати трговцима само ако им село, жупа и околина не би надокнадили штету.⁹³

Разбојништво се у Раковачком препису спомиње у чл. 191: „И ако разбојник украде свиње цареве, да плати околина, аколи се украду свиње, да се суди свињар са жупом, па што рекне суд“. Говори се о одговорности околних села за штету коју би цар претрпео

87 Ђ. Бубало, 210.

88 „Ако се где догоди којему било госту, или трговцу, или калуђеру, те му узме што разбојник или лопов, или која год сметња, да иду ти сви цару, да им плати цар, што буду изгубили, а цар да тражи кефалије и властелу, којима буде пут предан и страже предане. И сваки гост, и трговац, и Латинин да доходи првим стражама са свим што има и носи, да га провађају, и стража стражи да га предаје са свим; аколи се догоди, те што изгубе, да им је порота веродостојни људи, што рекну по души да су изгубили, с оним поротницима, то да им плате кефалија и стража“.

89 А. Соловјев, *Законик*, 304.

90 С. Новаковић, 243.

91 *Ibid.*

92 Краљ Милутин је 1308. године дао Дубровчанима трговачке повластице гарантујући за њихову имовину и предвидевши колективну одговорност села за штету у њему учињену. У случају да село не би платило, платило би „краљевство ми“. Б. Марковић, „Разбојништво“, 611.

93 Ђ. Бубало, 211.

крађом свиња. Суд би у сваком конкретном случају утврдио ко је био одговоран између свињара и господара жупе за боравак и учињено кривично дело у жупи.⁹⁴ Суђење разбојнику за крађу царевих свиња, односно суђење свињара са жупом у случају крађе свиња је било у надлежности судија „царства ми“.⁹⁵

4. ТЕЖИНА КАЗНЕ И ФАКТОРИ КОЈИ СУ УТИЦАЛИ НА ЊУ

Поставља се питање „применом којег логичког принципа можемо одредити да ли ће казна (за одређено кривично дело) бити смрт, сакаћење или затвор“.⁹⁶ Заправо, логика ни не постоји јер нема логичке везе између кривичног дела и казне која је предвиђена за учиниоца кривичног дела, па одговор на то треба тражити у духу времена, зато што је управо „дух времена тај који одређује врсту и дужину казне“ („*it is the temper of the times that determines the character and extent of punishment*“).⁹⁷

Могло би се рећи да је на тежину кажњавања утицало неколико фактора. Пре свега, важан фактор представља утицај византијског права. Оно је утицало на српско право на три начина: најпре, многи византијски правни зборници су преведени на српски језик и примењени у српској држави. Даље, прихваћени су разни институти римског права преко грчких превода, а не изворних латинских текстова. Напослетку, унети су многи чланови из византијских кодификација у српске (око 60 чланова Душановог законика је преузето из византијских извора).⁹⁸ Ипак, ни у Прохирону из којег су преузете казне, лопов ухваћен на делу није кажњаван смрћу, већ одсецањем руке, што значи да су прописане строже санкције у српском средњовековном праву у односу на византијско.⁹⁹ Као што је већ напоменуто, још једно одступање од византијског права јесте колективна одговорност села, која је преузета из српског обичајног права, а није постојала у византијском.¹⁰⁰

94 Ibid., 221.

95 З. Мирковић, „Судије“, 29.

96 „*What principle of logic can determine whether the punishment shall be death, mutilation or imprisonment?*“ V. Bar, Introduction by E. Keedy, I.

97 Ibid.

98 Срђан Шаркић, „Утицај византијског права на средњовековно српско право“, *Slovēne, International Journal of Slavic Studies*, Vol. 4, 2/2015, 120.

99 Т. Тарановски, 310.

100 P. Angelini, „The Code“, 90.

Хришћанство је имало одређен утицај на начин кажњавања, јер телесне и смртне казне, поготово оне које су извршаване на бруталан начин, проузрокујући озбиљну бол, нису схватане само као санкција, већ и као могућност да се учинилац најтежих кривичних дела за њих искупи. „Болна и брутална смрт је могла, сама по себи, да представља пут ка спасењу“ (*a painful and brutal death could, on its own, constitute a pathway to salvation*).¹⁰¹ Дакле, бол је био „благослов од Бога“ (*a blessing from God*), јер је тако учиниоцу кривичног дела било омогућено да очисти своју душу и да се искупи за своје грехове у овом животу, а не у следећем.¹⁰² Интересантно је да су и у исламском праву за разбојнике прописане строге казне, које су ишле од одсецања рука и ногу, преко прогонства, до смртне казне.¹⁰³

Трећи разлог који оправдава строгост кажњавања јесте тај што казна почиње да се схвата као средство које би људе одвратило од чињења кривичних дела. Другим речима, генерална превенција, заједно са специјалном, постаје циљ кажњавања.¹⁰⁴ Учинилац се кажњава да остали не би чинили исто. С обзиром на циљ, „што је ужаснија казна, то је боље њено дејство“.¹⁰⁵ Овај начин кажњавања је јако критикован од стране неких аутора. Примера ради, Томас Мор (*Thomas More*) истиче да смртна казна у целој Европи у средњем веку „не доприноси искорењивању разбојништва“ зато што „не решава проблеме који настају првобитном акумулацијом капитала, а који

101 Sarah Tarlow, Emma Battell Lowman, *Harnessing the Power of the Criminal Corpse*, Palgrave Macmillan, Leicester 2018, 41.

102 *Ibid.*

103 У случају одузимања новца и убијања жртве, предвиђено је распеће; у случају претње и одузимања новца без убијања другог лица, предвиђена казна је одсецање руке и ноге; ако разбојник убије жртву без узимања новца биће погубљен; ако прети невиним људима, али их не убије, кажњава се прогонством. Вид. Сура 5:33: „Казна за оне који против Алаха и Посланика Његова војују и који наред на земљи чине јесте: да буду убијени, или разапети, или да им се унакрст руке и ноге одсијеку или да се из земље прогнају. То им је понижење на овом свијету, а на оном свијету чека их патња велика“. Иначе, разбојништво је једно од пет кривичних дела која је прописао Кур’ан, а може да уђе у Ценет само онај ко се чува туђе имовине јер се, према Сунни, туђа имовина сматра пороком. Etim E. Okon, „Hudud punishments in Islamic criminal law“, *European Scientific Journal*, Vol. 10, 14/2014, 234; В. Станимировић, *Хресѣомаѣија за уѡ-редну ѡравну ѡрадицију*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2012, 243–245; . Аврамовић, В. Станимировић, 193;

104 Б. Марковић, „Разбојништво“, 612.

105 „The more horrible the punishment, the greater its salutary effect“. Albert W. Stearns, „Evolution of Punishment“, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 27, 2/1936, 223–224.

су прави узрок разбојништва и свеопштег осиромашења сељака и најамника“. Дакле, према Мору, смртна казна „потиче из површног или чак никаквог увида у економску и социјалну ситуацију“.¹⁰⁶

У сваком случају, начин кажњавања у Душановом законуку је у складу са начином кажњавања у средњем веку у другим државама. У великој већини осталих држава средњег века разбојници су кажњавани смрћу. Примера ради, у средњовековној Енглеској је поред смртне казне прописана и казна конфискације имовине.¹⁰⁷ Неки законици ипак нису овако строги, па је, према Салијском законуку, код Франака, за разбојнике прописана новчана казна.¹⁰⁸

Конечно, смртна казна представља легитимну врсту казне у овом периоду, јер се мора чекати половина XX века, када је дошло до развоја људских права и слобода грађанина, да се ова казна махом укине. Најзначајнија конвенција у којој се штите права човека јесте Конвенција за заштиту људских права и основних слобода (Европска конвенција о људским правима)¹⁰⁹ из 1950. године, у којој је зајемчено право на живот (чл. 2).¹¹⁰ То значи да је смртна казна у средњем веку легитимна казна, јер је она у Европи тек ограничена

106 Tomas Mor, *Utopija*, prevod Franjo Barišić, Utopija, Beograd 2002, 8–9. Што се тиче могућих алтернатива, у средњем веку се јавља и казна затвора, па се може поставити питање да ли би било боље да су разбојници били кажњавани том казном. Стојановић сматра да је казна затвора постала ефикасна тек у XIX веку, јер она захтева испуњење неколико услова да би функционисала. Пре свега, захтева се постојање јаких државних органа. Затим, оно што је неопходно јесте и велико богатство државе зато што је казна затвора веома скупа кривична санкција. Због тога Стојановић говори да су „судије раније празниле затворе, а данас их пуне“ јер се раније казна затвора користила најчешће као привремена казна за учиниоца, како би се се обезбедило његово присуство у судском поступку, на крају кога би му се изрекла друга казна. 3. Стојановић, *Кривично право*, 299.

107 С. Аврамовић, В. Станимировић, 230.

108 У износу од 2500 динара или 62.5 солида, односно 1200 динара или 30 солида у зависности од тога да ли је кривично дело учињено над обичним човеком или над робом. Вид. В. Станимировић, 266–275.

109 Конвенцију у складу са Протоколом 11 („Сл. лист СЦГ – Међународни ујовори“, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и „Сл. лист РС – Међународни ујовори“, бр. 12/2010 и 10/2015) потписала је и ратификовала и државна заједница Србија и Црна Гора, као и све остале земље Европе, изузевши Белорусију. Steven Greer, „What’s Wrong with the European Convention on Human Rights?“, *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, 3/2008, 680.

110 Војин Димитријевић, „Конвенција за заштиту људских права и основних слобода (Европска конвенција о људским правима) од 4. новембра 1950.“, *О праву и неправу*, Фабрика књига, Београд 2011, 42–43.

Шестим протоколом уз Европску конвенцију о људским правима,¹¹¹ а у потпуности укинута Тринаестим протоколом.¹¹²

5. ЗАКЉУЧАК

Рад покушава да одговори на три основна питања: како је кривично дело разбојништва било уређено у Душановом закону, каква је казнена политика за кривично дело разбојништва, и који су разлози заступања овакве казнене политике.

У погледу првог питања, може се рећи да је схватање разбојништва у Душановом закону прилично различито од схватања овог кривичног дела данас. Највећа разлика јесте што су се тада изједначавале различите врсте разбојништва са истим врстама крађе: са једне стране „облично“ разбојништво и крађа, са друге обично (према Тарановском и професионално). Данас, разбојништво и крађа се знатно разликују у зависности од тога да ли се одузимање туђе ствари врши употребом принуде или не. У том смислу се може закључити да је сличније данашњем времену решење заступано у Скраћеној синтагми, према којој разбојништво представља крађу извршену употребом силе.

У погледу другог и трећег питања, може се рећи да се доста блажи начин кажњавања који је био прихваћен 1349. године није показао ефикасним, пре свега зато што је водио социјалној нестабилности. То је и разлог због којег се разбојништво касније кажњавало без обзира на сталешку припадност, како се не би реметило социјално стање у држави. Управо из овог разлога је у допунама Душановог закона из 1354. казнена политика немилосрдна, па чак и окрутнија у односу на византијску. На питање због чега су усвојена таква решења, може се закључити да су хришћански морал, гарантовање својине и покушај да се искорене појаве разбојништва и крађе утицали на цео Душанов законик (и на целокупну Душанову законодавну делатност).

111 „Смртна казна се укида. Нико не може осудити на смртну казну или погубити.“ (чл. 1). „Држава може у свом законодавству да предвиди смртну казну за дела извршена у доба рата или непосредне ратне опасности; таква казна примениће се само у случајевима предвиђеним законом и у складу с његовим одредбама. Држава обавештава генералног секретара Савета Европе о релевантним одредбама тог закона.“ (чл. 2).

112 „Смртна казна се укида. Нико не може осудити на смртну казну или погубити.“ (чл. 1).

Коначно, остаје отворено питање да ли је цар Душан при регулisaњу кривичног дела разбојништва, са данашњег аспекта посматрано, за то време био напредни законодавац, односно да ли је много боље разумео потребе људи и њихове склоности ка опасном понашању, него што то данас може и да се замисли. Пре свега, чињеница да су се одредбе у Скраћеној синтагми примењивале безуспешно пет година указује на то да је Душан покушао и блажим решењима да умањи или потпуно отклони појаву разбојништва, али није било могуће постићи такав циљ на тај начин. Такође, кажњавање разбојника у Душановом закону је у складу са кажњавањем тог времена, јер се наилази на слична решења у другим правним системима тог тоба. С обзиром на наведене чињенице, сматрамо да се на ово питање може одговорити позитивно.

БИБЛИОГРАФИЈА

ИЗВОРИ:

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и први Протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима – „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и „Сл. лист РС – Међународни уговори“, бр. 12/2010 и 10/2015.

Ђорђе Бубало (прир.), *Душанов законик*, Завод за уџбенике / Службени гласник, Београд 2010.

Матија Властар, *Синџајма* (са српскословенског језика превела Татјана Суботин-Голубовић), Српска академија наука и уметности, Београд 2013.

Стојан Новаковић (прир.), *Законик Стефана Душана, Цара српског 1349. и 1354*, Београд 1898.

Никола Радојчић (прир.), *Законик Цара Стефана и Душана 1349. и 1354*, Српска академија наука и уметности, Београд 1960.

Војислав Станимировић, *Хрестоматија за уредну правну традицију*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2012.

ЛИТЕРАТУРА:

- Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2018.
- Paolo Angelini, „L'influenza del Diritto Criminale Bizantino nel Codice di Dušan 1349–1354“, *Βυζαντινά Σύμμεκτα*, 21(1)/2011, 217–253.
- Paolo Angelini, „The Code of Dušan 1349–1354“, *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review*, Vol. 80, 1–2/2012, 77–93.
- Жика Бујуклић, *Римско приватно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2017.
- Carl Ludwig von Bar *et al.*, *A History of Continental Criminal Law*, Translated by Thomas S. Bell *et al.*, The Continental Legal History Series., Little, Brown and Company, Boston, Massachusetts, US. 1916.
- Steven Greer, „What's Wrong with the European Convention on Human Rights?“, *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, 3/2008, 680–702.
- Војин Димитријевић, „Конвенција за заштиту људских права и основних слобода (Европска конвенција о људским правима) од 4. новембра 1950.“, *О праву и неправу*, Фабрика књига, Београд 2011, 38–47.
- Јасмина Играчки, „Кривичноправни и криминолошки аспекти насиља и насилничког понашања“, Лепосава Крон (ур.), *Зборник Инстџитутуа за криминолошка и социолошка истраживања*, Година XXXIII/2014, Број 1, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2014, 137–148.
- Bernard S. Jackson, „Some comparative legal history: robbery and brigandage“, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 1, 1/1970, 45–104.
- Драгош Јевтић, Драгољуб Поповић, *Народна правна историја*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2015.
- Нина Кршљанин, „Колективна одговорност у Душановом закону“, Слободан Перовић (ур.), *Правни животи*, 10/2011, том 2, 413–428.
- Нина Кршљанин, „Сталешка неједнакост у казненом праву Душановог законика“, *Сџрани правни животи*, 3/2012, 41–68.
- Ferdinand Mackeldey, *Manuale di diritto romano contenente la teoria delle istituti preceduto da una introduzione allo studio del diritto romano*, Prima traduzione italiana, Tipografia Pacini, Cardinali e C., R. Biblioteca di Cremona 1843.
- Зоран Мирковић, „Византијски утицаји на кривично право у средњовековној Србији – погледи Теодора Тарановског и Александра Соловјева“, Зоран Мирковић, Нина Кршљанин (ур.), *Зборник радова 125 година од рођења Александра Васиљевича Соловјева*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 153–161.

- Зоран Мирковић, *Српска њравна историја*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2017.
- Зоран Мирковић, „Судије ‘царства ми’ Душановог законика“, Сима Ђирковић, Коста Чавошки (ур.), *Законик цара Стефана Душана: зборник радова са научној скупи одржаној у САНУ 3. октобра 2000, њоводом 650 година од њролашења Законика цара Стефана Душана*, Београд 2005, 21–36.
- Tomas Mor, *Utopija*, prevod Franjo Barišić, Utopija, Beograd 2002.
- Etim E. Okon, „Hudud punishments in Islamic criminal law“, *European Scientific Journal*, Vol. 10, 14/2014, 227–238.
- Jonathan Rose, „Studying the Past: the Nature and Development of Legal History as an Academic Discipline“, *The Journal of Legal History*, Vol. 31, 2/2010, 101–128.
- Marina M. Simović, Dragan Jovašević, „Imovinska krivična djela sa elementima nasilja i organizovanog kriminaliteta“, Miodrag N. Simović (ur.), *Krivično zakonodavstvo i funkcionisanje pravne државе*, Srpsko удружење за кривичноправну теорију и праксу / Grad Trebinje / Ministarstvo pravde Republike Srpske, Trebinje 2018, 193–207.
- Александар Соловјев, *Законик Цара Стефана Душана 1349. и 1354. године*, Српска академија наука и уметности, Београд 1980.
- Александар Соловјев, *Законодавство Стефана Душана, Цара Срба и Грка*, Београдски универзитет – Правни факултет, Београд 1928.
- Albert W. Stearns, „Evolution of Punishment“, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 27, 2/1936, 219–230.
- Александар Стевановић, „Утицај економских фактора на настанак и развој организованог криминалитета“, Бранислава Кнежић, Ивана Стевановић, Јанко Међедовић (ур.), *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, Година XXXVIII/2019, Број 1, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2019, 113–124.
- Зоран Стојановић, Наташа Делић, *Кривично њраво, Посебни гео* (шесто допуњено издање), Правна књига, Београд 2019.
- Зоран Стојановић, *Кривично њраво, Општи гео* (двадесет шесто допуњено издање), Правна књига, Београд 2019.
- Зоран Стојановић, „Систем казни у кривичном праву Србије и потреба његовог даљег усавршавања“, Ђорђе Игњатовић (ур.), *Казнена реакција у Србији*, V део, Београд 2015, 1–24.
- Dragomir Stojčević, „Gens, Consortium, Familia“, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Vol. 1, Milano 1971, 425–437.
- Теодор Тарановски, *Историја српској њрава у Немањинској држави*, Лирика, 2002.

- Sarah Tarlow, Emma Battell Lowman, *Harnessing the Power of the Criminal Corpse*, Palgrave Macmillan, Leicester 2018.
- Сима Ђирковић, Раде Михаљчић (ур.), *Лексикон српској Средњеј века (ЛССВ)*, Београд 1999.
- Зоран Чворовић, *Душанов законик у руском оілегалу*, Catena Mundi, Београд 2018.
- Срђан Шаркић, „Утицај византијског права на средњовековно српско право“, *Slověne, International Journal of Slavic Studies*, Vol. 4, 2/2015, 106–118.
- Милан Шкулић, „Англосаксонска доктрина „одбране замка“ у кривичном праву САД и њене могуће рефлексје на нужну одбрану у српском кривичном законодавству“, Ђорђе Игњатовић (ур.), *Казнена реакција у Србији*, VII део, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2017, 33–78.

Andrej CONFALONIERI*

ROBBERY IN DUŠAN'S CODE

Summary

When Dušan's Code was passed in 1349, only one robbery provision was included, because this crime was regulated by the abbreviated Syntagma of Matthew Blastares, so the legislator considered new provisions unnecessary. Nevertheless, the additions from 1354 paid great attention to the fight against robbers and thieves. The robbers caught in the act were punished with death penalty, while those who were not captured in an actual act of robbery were fined. In case there was a lack of evidence, a special form of divine judgment (justification by iron) was prescribed. The village was collectively responsible in case of hiding the robbers, in case the streets were not guarded and damage was caused to travellers, and in case someone stole the emperor's pigs. The duty to conduct a general inquiry into the masters, property managers, and elders was also foreseen, and they would be punished as robbers (and thieves) in the case of negligence and failure to comply with that obligation. Some provisions to protect traders and travellers from robbers and thieves were introduced (traders had the right to spend the night in the village and, in case of damage, the lord, the village and the ruler were responsible for the damage caused to them; the kephale had the duty to guard the streets). The paper attempts to determine the reasons for severe punishment for the crime of robbery, which can be the influence of Byzantine law, the acceptance of Christianity (pain represents the possibility for the sinner to redeem his sins) and the new general preventive purpose of punishment.

Key words: *Robbery. – Dušan's Code. – Collective responsibility. – Death penalty. Medieval Serbia.*

Рад приспео / Paper received: 17.4.2020.

Измењена верзија / Revised version: 30.5.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 9.8.2020.

* The author is a second-year student at the University of Belgrade Faculty of Law, andrej.confalonieri@gmail.com

UDC 342.726-055.2(470)"18/19"

CERIF: S112, S130, H240, H250, H300

DOI: 10.51204/HLH_20105A

Aleksei Yevgenyevich KAPUSTIN*

RUSSIAN LAW CODES IN THE 19th AND 20th CENTURY AND WOMEN: FROM GAPS AND INEQUALITIES TO LEGAL RECOGNITION AND LEGAL EQUALITY

The article is devoted to the main problems in overcoming the gaps in women's rights and establishing the principle of equality of the sexes in Russia in the 19th and 20th century. Historically, the legal status of women in Russia covered only marriage, family and inheritance relations. However, during the period covered by this article, the legislator ensured the political rights of women and recognized women as independent subjects of public law. The problem of the legal status of women in Russia has recently acquired not only theoretical, but also practical significance. The study of this problem was carried out relying not only on scientific articles, but also on legal sources and historical documents, such as the Collection of laws and orders of the government of Saint-Petersburg, Decree of the Provisional Government of July 20 1917 etc. The author comes to the conclusion that the evolutionary path of women's rights in Russia had its own identity, while taking into account the experience and legislative practice of other countries.

Key words: Law codes. – Women's rights. – Legal evolution. – Russian legal history.
– Legal equality.

1. THE RELEVANCE OF STUDYING GAPS IN WOMEN'S RIGHTS IN RUSSIA OF THE 19th – 20th CENTURY

This topic, researching the relationship between Russian Law Codes and women, is relevant due to the problem of the female legal status in the 19th and 20th century in both theoretical and practical terms. The chron-

* The author is a first-year student at the University at IPA EurAsEC Faculty of Law, aleksejkapustin953@gmail.com

The paper has been accepted for and will be presented at the Iustoria 2020 conference, which has been postponed due to the coronavirus pandemic.

ological framework of the study was determined by the evolution of the legal status of women in Russia in that period. The 19th century is the period in which the legal status of women is shaped in the Russian Law Codes, especially due to the Russian lawmaking in the 1860s. The equality of women and men was legalized in the 20th century in the Law Codes of the Soviet Russia.

The female legal status had a shape of its own for a long time in pre-revolutionary Russia. The specificity of the Russian women's status lay not only in the actual, but also the legal inequality of women and men. The actual inequality of women and men arose historically and was fixed initially in the norms of customary law, and then received legal form in the laws. The legal status of Russian women had been formed under certain influences of European legislation, which were based on the provisions of Roman law.

2. THE ROLE OF CUSTOMS IN SHAPING WOMEN'S RIGHTS

Legal customs had a significant impact on the formation of the concept of the female legal status in Russia in the 19th and 20th century. Most Russian women lived in villages at the time and their lives were guided by the rules of customary law. Usually, the legal position of women was characterized by several distinctive features:

- the right to complain to the court of the husband's behavior;
- severe sanctions that could be applied to wives who did not want to live together with their husbands;
- the possibility of separation by mutual consent.¹

The property rights of peasants, in contrast to other estates, were determined not so much by kinship as by their participation in the management of the joint household economy (. Nevertheless, it should be noted that the legislation affected the legal consciousness of the peasants. By the beginning of the 20th century, the peasants' views on the relationship between spouses, the position of women in family and marriage, and women's property rights largely coincided with the requirements of the law.

3. EVOLUTION OF WOMEN'S RIGHTS IN THE 19th CENTURY

A radical change in the evolution of women's rights in Russia occurred in the 19th century. In 1812, the first Russian women's organization

1 Светлана Вячеславовна Ворошилова, *Правовое положение женщин в России в 19 – в начале 20 века*, Саратов 2011, 6.

– the “Women’s Patriotic society” – appeared.² In the 1860s, serious legislative and judicial reforms were carried out in Russia. The Code of Laws of the Russian Empire was supplemented by volume XVI, which included the Judicial Statutes of 1864.

Certain European legislative acts, such as the Civil Code of Napoleon (1804), The General Civil Code of the Austrian Empire (1811), the Saxon Civil Code (1863), and the Civil Code of the German Empire (1896), held particular importance in the evolution of the Russian civil status of women in the 19th and 20th century. Some scholars (Rennekamp N. K. (*Реннекамйф Н. К.*), Speranskij M. M. (*Сперанский М. М.*), etc.) have noted the significant influence of French legislation on the legal status of women in Russia in 19th century.³

Russian reforms in the second half of the 19th century had an impact on the legal status of women. According to the Russian Laws (1882, 1885), working in factories, plants and manufactories was prohibited for children under the age of 12. There was legislative protection of children and women in general: night work for children and women was prohibited; special benefits for pregnant women were established. But at the same time, the exploitation of cheaper female labor remained.

3.1. Women’s Right to Education in the 19th Century

Did women have the right to receive secondary and higher education in the 19th century? In 1863, a new University Charter was adopted.⁴ It extended to five Russian universities: Moscow University, St. Petersburg University, Kazan University, Kharkiv University and Kiev University. According to the new University Charter, women did not get the right to enter universities, but the foundation of women’s higher education was laid at this time. A number of higher education courses for women (*Высшие женские курсы*) were opened in Russia. The Higher Women’s Courses of Professor V.I. Gerye (*В.И. Герье*) in Moscow and the Bestuzhev’s Courses in St. Petersburg were the most famous ones.⁵

The problem of the secondary women’s education was no less difficult. In 1860, a “Regulation” on women’s schools was adopted, which allowed for the creation of general education institutions of an open type for upcoming

2 Наталья Львовна Пушкарёва, “Феминизм в России. Адам и Ева”, *Альманах гендерной истории* 5/2003, 167–188.

3 Мария Владимировна Захарова, *О французских корнях российской права: исторический анализ*, Журнал Российского права, 2016, 8.

4 Андрей Юрьевич Дворниченко, *Российская история с древних времён до падения самодержавия*, Издательство «Весь мир», Москва 2010, 736–737.

5 Konstantin Bestuzhev-Ryumin (Константин Бестужев-Рюмин), a Professor at Saint Petersburg University, initiated these courses.

students. Women's schools could be opened in all provincial Russian cities, where financial opportunities, both public and private, could be found for this purpose. The finances for this purpose, as always, were low.

3.2. Formation of Doctrinal Ideas about the Legal Status of Russian Women in the Second Half of the 19th Century

The first legal literature dealing with the legal status of Russian women appeared in the second half of the 19th century. It was the result of the rise of the social movement in Russia at the turn of 1850–1860. The main problems it addressed concerned the status of women in family and marriage, women's inheritance rights, as well as certain issues of civil and criminal law. There was a critical analysis of articles of the Code of Laws of the Russian Empire in the papers of Russian lawyers. Russian lawyers were comparing the articles of the Code of Laws of the Russian Empire with foreign legislation. A new stage in the development of critical legal literature on the legal status of women in Russia is associated with the projects of the new Civil Code. They included legal provisions that expand women's rights for the first time in the history of Russian law.

The idea of equalizing women's rights with men's was actively supported in the Russian society in the 70–90s of the 19th century. I. A. Pokrovsky (И.А. Покровский), A. YA. Efimenko (А.Я. Ефименко), A. I. Zagorovsky⁶ (А.И. Загоровский), I. V. Hessen⁷ (И. В. Гессен), M. N. Gernet⁸ (М.Н. Гернет) and other researchers were interested in legalizing the equality of the sexes. They formulated the concept of the so-called "women's law" in numerous special and general works on civil and criminal law. This problem was also studied by figures of a later period, like A. G. Goychbarg⁹ (А.Г. Гойхбарг) and M. YA. Pergament¹⁰ (М.Я. Пергамент).

Features of the legal status of women were analyzed by P. S. Efimenko¹¹ (П.С. Ефименко), N. Kostrov¹² (Н. Костров), V. V. Ivanov¹³ (В.В.

6 Александр Иванович Загоровский, *Курс семейного права*, Одесса 1909.

7 Иосиф Владимирович Гессен, "Влияние законодательства на положение женщин", *Право*, 51/1908.

8 Михаил Николаевич Гернет, *Женское равноправие и Уголовный закон*, место не установлено 1916.

9 Александр Григорьевич Гойхбарг, *Сравнительное семейное право*, Москва 1927.

10 Александра Иосифовна Пергамент, *Советское законодательство о правах женщин*, Москва 1962.

11 Петр Саввич Ефименко, *Сборник народных юридических обычаев Архангельской губернии*, Санкт-Петербург 1873.

12 Николай Алексеевич Костров, *Юридические обычаи крестьян-старожилов Томской губернии*, Томск 1876.

13 Вячеслав Всеволодович Иванов, *Обычное право крестьян Харьковской губернии*, Харьков 1898.

Иванов), A. YA. Efimenko¹⁴ and others. Describing the customs that existed in various provinces of Russia, the researchers noted the features of the common legal status of women in the examined period. The fundamental work of S.V. Pakhman (С. В. Пахман), “Ordinary civil law in Russia”, occupied a special place among the studies on customary law. This work contains a complete description of the civil law institutions according to the peasant customary rules of various localities of the Russian Empire. S. V. Pakhman argued that, according to customs, as well as by legislation, the most important basis for the right of inheritance is kinship. A feature of the legal status of the peasant woman that he singled out as important is the lack of a strong connection with the family of origin, which explained her removal from inheritance if there were male heirs.¹⁵

A. I. Zagorovsky, YA.A. Kantorovich (Я.А.Канторович), I. I. Yanzhul (И.И. Янжул), and A. Fedorov (А. Федоров) were interested in the need for legal protection of motherhood and childhood. I. I. Yanzhul, one of the first factory inspectors, analyzed the law of 1882 prohibiting work in factories, plants and manufactories for children under 12 years, and noted the importance of legislative protection of labour not only for children, but for women too. He also advocated for the prohibition of night work for women and special benefits for pregnant women.¹⁶

Between 1885 and 1890, A. M. Yevreinova (А.М. Евреинова), the first Russian woman who had received the degree of doctor of law, published the journal “*Severny Vestnik*” (“Northern Messenger”) in St. Petersburg. She was interested in various legal issues, particularly the problem of the female legal status. As the author of papers “Brief outline of women’s rights in the family” and “On the equation of women’s rights in inheritance”, A. M. Evreinova actively advocated for the expansion of women’s hereditary rights in Russia.

At the beginning of the 20th century, the legal status of women became the subject of special studies by legal historians and legal practitioners, due to the need to adopt a new Civil Code and the enforcement of the new Criminal Code in 1903.

The preparatory works of the State Duma and the State Council in the beginning of the 20th century contain important analytical material. These documents allow us to determine the reasons for the lack of equal rights for women and men in Russian Law Codes at that period. During

14 Александра Яковлевна Ефименко, *Исследования народной жизни. Обычное право*, Москва 1884.

15 Семен Викентьевич Пахман, *Обычное гражданское право в России: Юридические очерки*, тома 2, Санкт-Петербург 1877–1879.

16 Иван Иванович Янжул, *Очерки и исследования: сборник статей по вопросам народного хозяйства, юлиции и законодательства*, том 1, Москва 1884, 348–397.

the discussion on the Bills on civil equality, on the woman's right to be a juror, on expanding the inheritance rights of women, etc. the arguments of both supporters and opponents of women's equality were actively expressed. The speech of Professor L.I. Petrazhitsky (Л.И. Петражицкий) at the meeting of the I State Duma is of considerable interest (to us). L.I. Petrazhitsky made an attempt to justify the need for equal rights for women and men in terms of state and public benefits. The speech of L.I. Petrazhitsky contains an important methodological conclusion about the discrepancy between the concepts of legal equality and actual equality of women and men. According to this scientist, the creation of a legal basis for equalizing women's rights with men's rights should be the first step of female emancipation. The reasons for this are the stereotypes that portray women as inferior. These stereotypes have been historically cultivated for centuries in the Russian legal consciousness.¹⁷ However, it was idealistic to pin hopes on a legislator who, according to Petrazhitsky, should have taken the first step towards legal equality of the sexes. The idealism of Petrozhitsky's statements, in my opinion, was not justified due to the fact that the legislator cannot create law codes if these legal provisions are not in his mind, and if the legislator himself is not a supporter of equality of sexes.

The actual and legal inequality of women and men in Russia of the 19th and 20th century was determined by the state. It actively regulated this issue. The state, due to its class nature, had obviously created the conditions necessary to maintain inequality between women and men. For example, in the field of labour relations, it fixed the possibility of exploiting female labour, and only under the influence of a desperate workers' strike struggle, it slowly and reluctantly softened factory legislation, introducing restrictions on the use of female labour. In the field of property relations and political relations, we similarly see a certain direction in legal regulation, changes which occur exclusively under the influence of liberal and socialist circles, and, later, political parties. In particular, the liberal V. M. Khvostov (В. М. Хвостов) believed that the demands for women's equality, "were the main goal of the aspirations of the supporters of the women's movement," he included them in the General category requirements, defending human rights and dignity, as they indicated a genuine democracy was inconceivable without the participation of women in society. "If a woman is a person, if she is a person, then she should be a citizen and be able to use political rights to defend her interests."¹⁸

17 *Женский вопрос в Государственной думе: из стенографических отчётов*, Санкт-Петербург 1906, 33–35.

18 Вениамин Михайлович Хвостов, *Психология женщин. О равноправии женщин*, Москва 1911, 58.

In accordance with the legislation and existing customs of that time, women were restricted in their rights and freedoms to a much greater extent than men. The Russian concept of legal gender inequality was largely shaped by the European legislation based on the provisions of Roman law. At the same time, unlike Western European legislation, Russian civil laws established the principle of separate ownership of property by spouses. This distinction goes back to an earlier tradition that existed in Russia before the reception of Roman law through European law at the beginning of the 19th century. Separate ownership of property by spouses ensured a certain independence of married women in resolving property issues, and also did not make the husband the natural guardian of his wife. The institution of separate residence of spouses, provided for by the legislation of a number of European countries, was absent in Russian laws.

The legal status of women entering the civil service was regulated by the Charter on civil service (1896), which provided for benefits in the service and insignia for women who received ranks and titles. The exception were any rights and advantages represented by the public service, for example: advancement in rank and awarding orders. The rights and obligations of the lower categories of women employees (servants in institutions) were not defined by law. However, during this period women in public service were extremely rare, they only held lower positions in some institutions.

In the late 19th – early 20th century, due to the growth of industrial production and technical improvement of the working process, the proportion of female workers in factories, plants and craft workshops increased significantly. This led to a surge in interest in issues related to the protection of women workers' rights. There were no provisions for the leave for pregnant women, and no legal protection for mothers with young children in the Russian legislation. Russian legislation had not established support for women in their employment neither from the state, nor from the owners of factories and enterprises, as it was contrary to the interests of factory owners and factories that exploited women's labour as cheaper and did not want to incur additional social security costs. For example, at the factory of F. V. Samarin (Ф. В. Самарина), in 1850, the salary of male workers was from 40 to 50 rubles, women – from 20 to 30 rubles, children – 5–10 (for some – 15) rubles in silver¹⁹. Also, a number of laws of the late 19th century provided for the possibility of using the work of teenagers and women at night (with the permission for their presence given by factory owners, or with the permission by the Governor), as well as the use of overtime not stipulated in the contract in certain cases, such as

19 Государственный архив Ульяновской области – Ф. 866. – Оп. 1. – Д. 143. – Л. 11

accidents or an increase in demand (“enhanced receipt ... orders – before the fairs”)²⁰. These circumstances caused serious concern of progressive public figures and scholars in Russia at that time. I. I. Yanzhul, B. D. Belikov (Б. Д. Беликов), YA. L. Kantorovich stressed the need for legislative protection of the interests of working women.

At the beginning of the 20th century, in the conditions of revolutionary upheavals, the idea of granting women political rights became increasingly popular, and was actively supported by V. V. Vodovozov²¹ (В. В. Водовозов), S. A. Kotlyarevsky²² (С. А. Котляревский), L. I. Petrazhitsky²³, N. Rossov²⁴ (Н. Россов), V. M. Khvostov (В. М. Хвостов), and other lawyers.

4. EVOLUTION OF WOMEN’S RIGHTS IN THE 20th CENTURY

4.1. Women’s Organizations of the 20th Century

At the beginning of the 20th century, the women’s movement in the modern sense may be difficult to identify; however, the fact that a number of women’s organizations existed, each of which focused on its rightful target, according to its ideological content and the principles that were laid down. Their very existence allows us to speak of / discuss the activities of women’s organizations during the 1905 and 1907 revolutions as a new phenomenon in Russia – the “women’s movement”. However, due to its novelty, the women’s movement is difficult to evaluate as a noticeable force in this period.

The concept of “women’s movement” was formed in Russian socio-political journalism at the beginning of the 20th century. The history of the emergence and development of the Russian women’s movement was revealed in the “Essay of the women’s movement in Russia”²⁵ by Anna Shabanova (Анна Шабанова). Shabanova was a hereditary noblewoman, a student of Higher women’s courses, the first female pediatrician, and,

20 Полное собрание законов Российской Империи, том 10, Санкт-Петербург 1893, 309–310.

21 Василий Васильевич Водовозов, *Всеобщее избирательное право и его применение в России*, Саратов 1905, 183–218.

22 Сергей Андреевич Котляревский, *Конституционное государство. Опыт политико-морфологического обзора*, Санкт-Петербург 1907.

23 Лев Иосифович Петражицкий, *О женском равноправии*, Петроград 1915.

24 Николай Россов, *О всеобщем избирательном праве / Всеобщее избирательное право*, Саратов 1905.

25 Анна Николаевна Шабанова, *Очерк женского движения в России*, Типо-лит. АО «Самообразование», Санкт-Петербург 1912, 32.

since 1889, the Chairwoman of the Russian Women's Mutual-Charitable society (*Русское Женское Взаимно-Благотворительное общество*).

Numerous women's organizations acted in the revolutionary conditions of 1905–1907. They played a special role in the evolution of gender equality. The Russian Women's Mutual-Charitable society, Union of women's equality, Women's progressive party and the League of women voters sent a joint delegation to the Commission of the Duma. They considered appeals and petitions that defended women's equality. The women organizations published and distributed speeches of deputies supporting the empowerment of women.

A Legal Commission was created in 1906 under the Russian Women's Mutual-Charitable society. Providing expertise of the legislation, this Commission identified articles that restricted women's rights. The result was the emergence of the Bill "on women's equality". The Bill aimed to change and add novelty to the laws. It was discussed at the meetings of the First State Duma in the framework of the civil equality problem.

4.2. Women's Rights in Russian Law Codes: Preparatory Works

The Bill "on women's equality" consisted of two parts. The first part contained a law of a general constitutional nature, abolishing the restrictions established by domestic legislation for women without a detailed and article-by-article list of them. In the second part, the list of articles of the current law subject to cancellation, addition and change was given, located in the volumes of the Code of Laws of the Russian Empire.²⁶

In subsequent assemblies, the women's issue was no longer raised to this extent. In the context of the decline of the revolutionary situation, a full discussion of the drafted law on women's equality became impossible. With great difficulty, as a result of heated debates in the State Duma, it was possible to pass laws that only partially expanded the rights of women. However, these laws did not grant women equal rights with men. So, in 1909, the Law "On measures to prevent the sale of women for the purpose of debauchery" was adopted. It proscribed harsher punishments for immoral earnings. In 1911, while discussing the Bill on the election of district zemstvo deputies (*уездных земских гласных*), the III State Duma decided to grant women voting rights in the district zemstvos (*уездных земствах*), but without the right to be elected as chairmen and members of the Volost Council.

26 Светлана Вячеславовна Ворошилова, *Правовое положение женщин в России в 19 – в начале 20 века*, Саратов 2011, 33–34.

That same year, the Judicial Commission of the III State Duma adopted the Bill on the admission of women to the bar, which was being actively discussed from March to June 1912. The Bill “On the Desirability of legislative assumptions about giving females the right to be barristers” was adopted on third reading and transmitted to the Drafting Commission. The Bill was then transferred to the State Council, but it was dismissed in January 1913.

In 1912, the State Duma discussed and approved a Bill “On the extension of women’s inheritance rights”. On 3 June 1912, the Russian Emperor signed the Law “On the rights of inheritance by law, the will of women and the law of estates”. It equalized women with men only in the succession of movable property. When it came to inheriting land property, the share of the sister compared with the brother made one seventh.²⁷

In 1914, the State Duma of the fourth convocation made a number of amendments to the marriage legislation, which became the Law on 12 March, 1914 “On certain changes and additions to existing laws on personal and property rights of married women and on relations between spouses and children”. Some personal and property rights of married women were legalized: the right to reject the husband’s demands for a joint life if it “seems unbearable”, the right to be freely bound by bills of exchange, and to receive a separate residence permit without the husband’s consent. Married women who lived separately from their husbands no longer required the husband’s approval for private or public work or to enter educational institutions.

The government did not view the problem of gender inequality as a matter of primary importance. This conclusion can be drawn from the parliament preparatory work. Most of the Duma deputies did not consider it necessary to solve the problem of the female status immediately. Despite the progressive position of some Duma fractions and deputies, the legislators were not willing to solve the problem of legal regulation of the female status and gender inequality. Legislators were failing in their attempts to draft comprehensive laws protecting women’s rights for 11 years (four convocations of the State Duma). They did not solve problems such as:

- granting women equal political and civil rights as men;
- improving working conditions for women;
- providing legal protection of motherhood and childhood.

The answer to the problematic question “Why has the State Duma failed to solve the problem of legal equality of women and men?” lies in the fact that the deputies of the State Duma could not come to a consensus

27 *Собрание узаконений и распоряжений Императорского Высочайшего Указа, отд. I, № 107, Санкт-Петербург 1912, 914.*

on gender equality. For example, representatives of the labor faction Anikin (Аникин), Zabolotny (Заболотный), Aladyin (Аладьин), Ryzhkov (Рыжков) and others spoke in favor of giving women political rights. "... I petition ... that the scope of the entire electoral right be specified precisely, so that it be indicated that it must be equal, direct, with secret casting of votes, and equal for all nationalities, for all religions and equal for both sexes" – Zabolotny proclaimed²⁸. However, an opposing opinion was presented by the members of the "Union of October 17". Count Heiden (Гейден), speaking on behalf of this parliamentary group, insistently defended the position that it was untimely to endow women with political rights. And the main reason why the members of the State Duma could not make a noticeable contribution to improving the position of Russian women was that the legislative bodies of the Russian state at the beginning of the 20th century acted as carriers of patriarchal ideas regarding gender equality.

Russian legislation regulating the electoral process provides for the passive participation of qualified women in the conduct of elections. Until 1917, they were only allowed to transfer their votes by proxy to male relatives. The 1917 revolution had great influence on the evolution of women's rights. For several months of 1917, women were given the right to vote in the formation of local self-government bodies in accordance with the new laws on elections to Zemstvos and City Dumas of 1917. In the resolutions of the Provisional Government of 20 July, 1917, "On the approval of section I of the Regulations on elections to the Constituent Assembly", it was stated that "the Right to participate in the elections for the Constituent Assembly is enjoyed by Russian citizens of both sexes, who will be 20 years old by the election day, regardless of the property qualification".

5. THE LEGAL RECOGNITION OF GENDER EQUALITY IN THE 20th CENTURY: OVERCOMING THE GAPS IN RUSSIAN LAW CODES

The Bolshevization of the Soviets made it possible in September 1917 to approve the third (last) section of the Regulations on elections to the Constituent Assembly. According to this act, women were granted the same active and passive suffrage as men. Women's participation in the elections was characterized by their awakening to an active social and po-

28 Государственная Дума. Первый созыв. Сессия I. Заседание 004. 2–5. мая 1906. г.: Стенографический отчет, 143. [Электронный ресурс] «Научно-практическая электронная библиотека «Наука права»» URL: <https://naukaprava.ru/catalog/3355/335690/3356901/35998?view=1> [17.07.2020]

litical life. It brought an important socio-cultural shift in Russian society. Nevertheless, women candidates were very rare in the electoral lists. This situation indicated that the traditional Russian stereotypes which oriented women towards the family were still strong in the public consciousness, along with the public distrust in the ability of women to fully solve public policy issues.

After the victory in the October revolution of 1917, the Bolsheviks were able to consistently pursue a policy to “wake up” the social activity of women, to intensify their struggle for equal participation in public life – both in Russian society and in even more traditional communities in Central Asia, the Caucasus and other regions.

According to the Constitution of the RSFSR of 1918, suffrage was introduced for people of both sexes from the age of 18 (chap. 13, section 4) and in this constitution there was an important caveat: persons engaged in productive work were equalized with persons engaged in “housekeeping, providing for the former the possibility of productive work” (art. 64).²⁹ The problem, which is still relevant at the domestic level in a number of countries, was fundamentally solved by the Bolsheviks.

The Council of People’s Commissars (*CHK PCΦCP*) identified maternity protection (as a specific function of a woman) as a direct duty of the state. Also, in the 1918 Code of Civil Status, Marriage, Family and Guardianship Laws freed a woman and marriage from control by church organizations, introduced freedom of divorce, eliminated the differences between children born in wedlock and “illegitimate” children, and etc.

It was in the first Soviet government that the world’s first female minister appeared – A.M. Kollontai (*А.М. Коллонтай*), a revolutionary, diplomat and activist of the women’s movement of a Marxist direction, published in 1913 an interesting article, entitled “New Woman”.

Further on, the issue of the legal status of women was discussed in the context of the civil war in Russia, and then in the extraordinary conditions of the Great Patriotic War. At that time, women actually took on male responsibilities as well as their own. As a result, women clearly demonstrated gender equality. At the same time, gender equality was ensured by the Communist Party. In Soviet Russia, women got a real opportunity to pursue their goals and interests on an equal basis with men in such spheres as education, science, medicine, etc. However, in the political sphere, in the

29 *Конституция (Основной Закон) Российской Социалистической Федеративной Советской Республики: Постановление 5-го Всероссийского Съезда Советов, принятое в заседании 10 июля 1918 г., Издание Петроградского Совета рабочих и красн. депутатов, Петроград 1918, 16.*

sphere of government and industry, the percentage of women remained small. So, in rural councils and Councils of People's Deputies in 1934 there were 27% and 31% of women deputies, respectively, in 1937 in the Supreme Soviet of the USSR there were 16.5% of women deputies. Only by the 1980s did the number of women in government bodies become equal to the number of men. In particular, according to the Central Statistical Administration of the USSR, in the 1980s, the percentage of women in the Councils of People's Deputies reached 50%.³⁰

The Russian Laws of the 1960s saw the overcoming of gaps in legal regulation of the position of women. The rights of women with children, pregnant women and women in childbirth have been greatly expanded. However, the Laws of the 1960s did not solve the female problems of household inequality, career opportunities and low wages. Therefore, the 1977 Constitution of the USSR proclaimed not only formal equality, but also brought a whole set of social guarantees that were designed to provide support for the roles and tasks that were seen as exclusively feminine. For example, article 35, Chapter 6 provided for: legal protection, material and moral support for motherhood and childhood, including the provision of paid leave and other benefits to pregnant women and mothers.³¹

The 1993 Constitution also proclaims gender equality (art. 19, chapter 2)³². However, unlike the 1977 Constitution, it only declares equality, while in real life, due to the lack of guarantees that should be provided by the state, women became one of the most vulnerable groups, open to exploitation of various kinds, including labour, sexual, etc.

The first Russian women's organizations of the 19th century, the populist and socialist movements ensured the penetration of the idea of gender equality into the legal consciousness of Russian society. However, despite the development of bourgeois relations, socio-cultural changes in Russian society, at the beginning of the 20th century the legal status of women remained traditional, inherited from patriarchal, pre-reform Russia. Gender equality in the political sphere was actualized against the background of the general politicization of Russian society in 1905–1907. The legal status of women had become a state problem at meetings of

30 Елена Михайловна Кочкина, "Представительство женщин в структурах власти России, 1917–2002 ГГ", *Гендерная реконструкция политических систем*, СПб.: ИСПГ-Алетейя, Санкт-Петербург 2003, 991.

31 Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик: Принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва 7. октября 1977. года, Политиздат, Москва 1978, 62.

32 Конституция Российской Федерации: Принята Всенародным Голосованием 12. декабря 1993. года, Издательство «Проспект», Москва 1993.

the State Duma – the first Russian parliament, the new legislative body of state power. However, as evidenced by verbatim records of the State Duma, the majority of deputies did not consider it expedient to extend universal suffrage to women. During the consideration of the judicial reform, the majority of deputies were against admitting women to the practice of law and granting them the right to serve as jurors. The deputies drew attention to the problem of prostitution: the Social Democrats proposed to study the main reason for prostitution – the oppressed economic situation of Russian women. But this proposal did not receive support in the State Duma. Thus, innovations in legal codes aimed at gender equality in Russia at the beginning of the 20th century are the result of a complex political confrontation between supporters of traditional patriarchal culture with social democrats, populists and other representatives of views new to Russian society. The legislator (the ruling class) had to make concessions under the pressure of persistent petitions, statements, and demands for “civil equality of the sexes”.³³

The Russian legal system traditionally includes two legal spheres: public law and private law. Analysis of civil (private) law of the 19th century allows determining the legal status of a married woman, as well as the hereditary rights of women as subjects of law. In the 19th century, the Russian legislator also singled out a woman as an individual subject of public law, gradually expanding her rights in the political and criminal spheres. At the same time, not only laws, but also customs played a significant role in shaping the legal status of women in Russia in the 19th and 20th century. This is because most Russian women lived in villages at the time and their lives were guided by the norms of customary law.

It is important to note that from 1930 to 1990 there was no private law sphere in Russia, since private property did not exist in the Soviet Union. During this period, individual property existed only in the form of personal consumer property. This affected the civil status of women, especially in matters of inheritance and property rights of married women. For the first time, the institution of private property was established by the law on property in the RSFSR in 1990³⁴.

33 Государственная Дума. Четвертый созыв. Сессия II. часть 1.: Стенографический отчет, 143. [Электронный ресурс] «Научно-практическая электронная библиотека «Наука права»» URL: https://naukaprava.ru/searchpage?author=&name=Россия.+Государственная+Дума.+чей+четвертый+созыв%2C+сессия+II%3A+Съено+графический+ой+чей+заседание+025&text=&year_from=1910&year_to=1914&biorecord=&sort=&show=10 [18.07.2020]

34 Закон РСФСР «О собственности в РСФСР» от 24.12.1990 N 443–1. URL: <http://in.kodeks.ru/kodeks/> [23.07.2020]

CONCLUSION

The study concluded that in the 19th and early 20th century the legal status of Russian women was characterized by weak social and legal protection, lack of political rights, inability to pursue and use their professional knowledge. In general, legal support of the rights not only of women, but of all Russian citizens was not effective in the 19th and 20th century. These problems influenced the creation of the first domestic laws that distinguish women as individual subjects of law and provide for the gradual expansion of their legal capacity.

The main reason for the lack of gender equality in the 19th and early 20th century in Russia was the legislator, in whose legal consciousness there was no awareness of the need for full emancipation of women. It is not enough to fix equality of sexes in the law, until it has taken hold in the legal understanding of not only society, but also the legislator. Therefore, only after the February and October revolutions of 1917, the result of which was the coming to power of the Bolsheviks, did the legal status of women began to improve. Gaps in legislation were overcome, as the legislator not only established gender equality, but also established guarantees to maintain this equality, including positive discrimination. The Bolsheviks also eradicated the old views on the social, economic and political status of women in society.

The evolution of women's rights in Russia in the 19th and 20th century was a process of overcoming gaps in legal codes and ensuring legal equality.

BIBLIOGRAPHY

PRIMARY SOURCES:

Государственная Дума. Четвертый созыв. Сессия II. часть 1: Стенографический отчет, 43. [Электронный ресурс] «Научно-практическая электронная библиотека «Наука права»» URL: https://naukaprava.ru/searchpage?author=&namehttps://www.youtube.com/watch?v=-pIR9r0s4Dc&ab_channel=DeepPurple-TopicC+сессия+II%3A+Сїїноїрафический+ойїчей+засегание+025&text=&year_from=1910&year_to=1914&bibliorecord=&sort=&show=10 [18.07.2020]

Государственная Дума. Первый созыв. Сессия I. Заседание 004. 2–5. мая 1906. г.: Стенографический отчет, 143. [Электронный ресурс] «Научно-практическая электронная библиотека «Наука права»» URL: <https://naukaprava.ru/catalog/3355/335690/3356901/35998?view=1> [17.07.2020]

Государственный архив Ульяновской области – Ф. 866. – Оп. 1. – Д. 143. – Л.

Женский вопрос в Государственной думе: из стенографических отчетов, Санкт-Петербург 1906.

Закон РСФСР «О собственности в РСФСР» от 24.12.1990 N 443-1. URL: <http://in.kodeks.ru/kodeks/> [23.07.2020]

Полное собрание законов Российской Империи, том 10, Санкт-Петербург 1893.

Собрание узаконений и распоряжений правительства, отд. I, № 107, Санкт-Петербург 1912.

Конституция (Основной Закон) Российской Социалистической Федеративной Советской Республики: Постановление 5-го Всероссийского Съезда Советов, принятое в заседании 10. июля 1918. года, Издание Петроградского Совета рабочих и красн. депутатов, Петроград 1918.

Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик: Принятая на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва 7. октября 1977. года, Политиздат, Москва 1978.

Конституция Российской Федерации: Принята Всенародным Голосованием 12. декабря 1993. года, Издательство «Проспект», Москва 1993.

SECONDARY SOURCES:

Василий Васильевич Водовозов, *Всеобщее избирательное право и его применение в России*, Саратов 1905, 183–218.

Светлана Вячеславовна Ворошилова, *Правовое положение женщин в России в 19 – в начале 20 века*, Саратов 2011.

Михаил Николаевич Гернет, *Женское равноправие и Уголовный закон*, место не установлено 1916.

Иосиф Владимирович Гессен, “Влияние законодательства на положение женщин”, *Право* 51/1908.

Александр Григорьевич Гойхбарг, *Сравнительное семейное право*, Москва 1927.

Андрей Юрьевич Дворниченко, *Российская история с древних времён до падения самодержавия*, Издательство «Весь мир», Москва 2010.

Петр Саввич Ефименко, *Сборник народных юридических обычаев Архангельской губернии*, Санкт-Петербург 1873.

Александра Яковлевна Ефименко, *Исследования народной жизни. Обычное право*, Москва 1884.

Мария Владимировна Захарова, *О французских корнях российского права: исторический анализ*, Журнал Российского права, 2016.

Александр Иванович Загоровский, *Курс семейного права*, Одесса 1909.

Вячеслав Всеволодович Иванов, *Обычное право крестьян Харьковской губернии*, Харьков 1898.

- Николай Алексеевич Костров, *Юридические обычаи крестьян-старожилов Томской губернии*, Томск 1876.
- Елена Михайловна Кочкина, “Представительство женщин в структурах власти России, 1917–2002 гг”, *Гендерная реконструкция политических систем*, ИСПГ-Алетей, Санкт-Петербург 2003.
- Сергей Андреевич Котляревский, *Конституционное государство. Опыт политико-морфологического обзора*, Санкт-Петербург 1907.
- Николай Россов, *О всеобщем избирательном праве / Всеобщее избирательное право*, Саратов 1905.
- Семен Викентьевич Пахман, *Обычное гражданское право в России: Юридические очерки*, 2 тома, Санкт-Петербург, 1877–1879.
- Александра Иосифовна Пергамент, *Советское законодательство о правах женщин*, Москва 1962.
- Лев Иосифович Петражицкий, *О женском равноправии*, Петроград 1915.
- Наталья Львовна Пушкарёва, “Феминизм в России. Адам и Ева.” *Альманах гендерной истории* 5/2003, 167–188.
- Вениамин Михайлович Хвостов, *Психология женщин. О равноправии женщин*, Москва 1911.
- Анна Николаевна Шабанова, *Очерк женского движения в России*, Типо-лит. АО «Самообразование», Санкт Петербург 1912.
- Иван Иванович Янжул, *Очерки и исследования: сборник статей по вопросам народного хозяйства, политики и законодательства*, том 1, Москва 1884.

Алексеј Јевгењевич КАПУСТИН*

РУСКИ ЗАКОНИЦИ У XIX И XX ВЕКУ И ЖЕНЕ:
ОД ПРАВНИХ ПРАЗНИНА И НЕЈЕДНАКОСТИ ДО
ПРАВНОГ ПРИЗНАЊА И ПРАВНЕ ЈЕДНАКОСТИ

Сажетак

Чланак је посвећен главним проблемима у превазилажењу правних празнина у правима жена и потврђивању принципа једнакости полова у Русији од XIX до XX века. Историјски посматрано, правни статус жена у Русији био је уређен само у брачним, породичним и наследноправним односима. Међутим, у току периода обрађеног у овом раду, законодавац је обезбедио политичка права жена и признао жене као независне субјекте јавног права. Питање правног положаја жена у Русији је од скора добило не само теоријски, већ и практични значај. Његово проучавање је спроведено ослањајући се не само на научне чланке, већ и на правне изворе и историјске документе, попут: Збирке закона и наредби владе у Санкт-Петербургу, Декрета Привремене Владе од 20. јула 1917. итд. Аутор закључује да се еволуција женских права у Русији спроводила на оригиналан начин, иако је узимала у обзир искуство и законодавну праксу других држава.

Кључне речи: *Законодавство. – Права жена. – Правна еволуција. – Руска правна историја. – Правна једнакост.*

Рад приспео / Paper received: 17.5.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 5.8.2020.

* Аутор је студент прве године Правног факултета Универзитета IPA EurAsEC, aleksejkapustin953@gmail.com

Рад је прихваћен за конференцију Iustoria 2020, која је одложена због пандемије корона вируса, и биће изложен на њој.

UDC 342.81-055.2((436+439))"1848/1918"

CERIF: S112, S140, H240, H250, H300

DOI: 10.51204/HLH_20106A

Mag. Marie Therese MUNDSPERGER*

WOMEN'S SUFFRAGE IN THE AUSTRIAN HALF OF THE HABSBURG MONARCHY 1848–1918

Although it is largely unknown, women had some voting rights in the 19th century in the Habsburg monarchy, especially the right to vote in the municipality and on the provincial level. Suffrage at that time was based on the two pillars of property and education rather than gender. It was undisputed for a long time that women could get the right to vote due to their tax payments. The fact that women could also be included into the 'intelligence' electoral class was controversial, as shown by some decisions by the Austrian high courts. It was only towards the end of the 19th century that the gender criterion began to prevail in election regulations and women were increasingly excluded from the right to vote, which led to the emergence of the Austrian women's movement. The monarchy fell in 1918 and the granting of universal women's voting rights was finally embodied in the proclamation of the Austrian republic on 12 November 1918.

Key words: *Women's suffrage – Habsburg Monarchy – Parliamentarism – Women's movements – 19th century.*

1. INTRODUCTION

On 16 February 1919 – just over 100 years ago – women in Austria were for the first time allowed to take part personally in an election for a state parliament. 1918 and 1919 had been tumultuous years. In 1918, the

* The author is a research assistant at the Department of Legal and Constitutional History at the University of Vienna; marie.therese.mundsperger@univie.ac.at; this paper has been accepted for and will be presented at the Iustoria 2020 conference in Belgrade, which was postponed due to the corona virus pandemic.

Habsburg monarchy had ended and Austria had been declared a republic. In the new Austrian legal system universal and equal voting rights were introduced for the first time for all citizens of the new state, including women. However, it had been a long journey for women to achieve this vital right to vote. Women's struggle for equal voting rights had begun in 1848 and lasted for 70 years.

Nonetheless, it is worthwhile noting that in the Austrian monarchy the right to vote had, to a certain extent, already included women. This article shall provide an overview of the different types of women's suffrage in Austria – the right to vote in municipal elections, the right to vote for the provincial diets in the Austrian crown lands and the right to vote for the parliament in Vienna – as well as an overview of Austrian women's campaigns for an equal right to vote in the German speaking crown lands of the Monarchy¹.

2. SUFFRAGE IN THE REVOLUTIONARY YEARS 1848/49

The history of the right to vote and women's struggle for it began in Austria with the revolution in 1848, when students, citizens and peasants demanded freedom and civil rights. From this point in time, constitutionalism would slowly establish itself in Austria. The citizens called for a constitution and for an elected parliament. Laws should no longer be passed by the emperor alone, but by the emperor together with a parliament.²

In March 1848, following the first wave of the revolution, Austria was granted a formal constitution for the first time in its history, which is known as the Pillersdorf Constitution and was unilaterally imposed on 25 April 1848. Under this constitution, a state parliament, the Imperial Diet, was to be formed. The first electoral statute in May 1848 caused the revolution to flare up again due to the numerous restrictions it contained on the right to vote, and on 30 May 1848 a new, more liberal electoral statute was issued that largely met the criteria of universal suffrage at that time.³ The new statute, which contained a general right to vote only for

1 Above all, this article is intended to provide a compact summary of the existing Austrian literature on this topic. As part of my dissertation project, the case law of the Supreme Administrative Court regarding the women's right to vote in the 'intelligence' electoral class is analysed. The corresponding passages in this article should already give a brief insight into it.

2 Stefan Malfèr, "Der Konstitutionalismus in der Habsburgermonarchie – Siebzig Jahre Verfassungsdiskussion in 'Cisleithanien'", Helmut Rumpler, Peter Urbanitsch (eds.), *Die Habsburgermonarchie 1848–1918. Band VII/1 Verfassung und Parlamentarismus*, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2000, 11–67, 11.

3 Rudolf Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, Böhlau Verlag, Wien – Köln – Weimar 1992², 343–346.

men, prompted an anonymous group of Viennese women to write a four-page document to Emperor Ferdinand I opposing the introduction of a franchise which excluded women: “It would be wrong to call this right to vote ‘general’ if at least half of the subjects cannot exercise it. [...] The supplicants [...] dare [...] to claim the undeniable, inalienable, innate and irredeemable rights of the female sex.”⁴

In 1848, in the course of the revolution, the first demands were voiced in Austria for women’s right to vote. They were raised by the “Vienna Democratic Women’s Association” founded on 28 August 1848⁵ with Karoline von Perin-Gradenstein as its president. Although the association only existed for less than two months, until October 1848, it was the first women’s association in Austria to explicitly pursue political goals.⁶ The statutes of this association stipulated, among other things, that the political objectives of the association meant that it would work to disseminate the democratic principle in all female circles.⁷

The discussions on the right to vote which took place at the same time in the constituent Imperial Diet, first in Vienna and later in Kroměříž, showed, however, that the male parliamentarians did not give serious consideration to voting rights for women.⁸ Rudolf Brestel, a Member of Parliament, addressed the issue in the Imperial Diet using these words: “If women were to be admitted [to the elections] because they shared the burdens of the state, then children and fools should also be admitted for the same reason.”⁹

In 1848, the bourgeois revolution failed. Thereafter, the right of political participation was defined by the principle of the representation of

4 “Es wäre falsch, das Stimmrecht allgemein zu nennen, wenn von dieser Ausübung wenigstens die Hälfte der Untertanen ausgeschlossen ist. [...] Die Bittstellerinnen [...] wagen es, [...] die unläugbaren, unveräußerlichen, angeborenen und untüglbaren Rechte des weiblichen Geschlechts in Anspruch zu nehmen”; Anita Ziegerhofer, *Ohne Frauenbewegung kein Stimmrecht. „Müht euch um den Stimmzettel, er ist der Schlüssel zu allen bürgerlichen Rechten“*, Leykam Buchverlag, Graz – Wien 2018, 29.

5 Gabriella Hauch, “Arbeit, Recht und Sittlichkeit – Themen der Frauenbewegungen in der Habsburgermonarchie“, Helmut Rumpler, Peter Urbanitsch (eds.), *Die Habsburgermonarchie 1848–1918. Band VIII/1 Politische Öffentlichkeit und Zivilgesellschaft*, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2006, 965–1003, 967.

6 A. Ziegerhofer, 26.

7 Petra Unger, *Frauen Wahl Recht. Demokratie und Frauenrechte*, Wien 2018, 23–24.

8 Ilse Reiter-Zatloukal, “Politische Partizipation von Frauen – Historische Entwicklung und frauenpolitische Perspektiven“, *Global View* 2/2014, 10–12.

9 “Wollte man die Weiber zulassen, weil sie an den Staatslasten Theil nehmen, so müsste man aus dem gleichen Grund auch die Kinder und Narren zulassen”; Anton Springer (ed.), *Protokolle des Verfassungs-Ausschusses im Oesterreichischen Reichstage 1848–1849*, Verlag von S. Hirzel, Leipzig 1885, 187.

property and education. These two pillars of the Austrian electoral system were retained at the municipal and provincial levels until the end of the monarchy in 1918, albeit slightly modified. Income and education, not gender, defined the right to vote. These preconditions excluded on the one hand many men who did not meet these conditions, but on the other hand, as a matter of principle, this census suffrage did include women who met the qualifications.¹⁰

3. MUNICIPAL SUFFRAGE

The system of municipal elections, established in Austria in 1849 as a census and three-class electoral system¹¹, remained almost unchanged in principle until the end of the monarchy in 1918. Voters were entitled to cast their ballots based on their tax contribution from land, property, or a business in the municipality. They were ranked according to the level of their contribution and then divided into three classes, with each class representing exactly one third of the whole tax paid in the municipality. Each third was allowed to elect a third of the local council. People with high tax levels benefited greatly from this system. However, those who had a high level of education or who held a profession or an office that enjoyed a high level of social standing were entitled to vote regardless of their tax payments.¹²

Women were given the right to vote if they had the required property or taxable income. This could at first glance be regarded in political terms as equal rights for women. Both genders were granted active suffrage at the local level in 1849, regulated in the Provisional Municipalities Act of 1849, based on tax payments from land, property, or a business in the municipality. A closer look reveals, however, that women were not given the opportunity to participate in political life on an equal footing with men, but were rather forced to remain invisible as political actors. This was en-

10 Birgitta Bader-Zaar, "Politische Rechte für Frauen vor der parlamentarischen Demokratisierung. Das kommunale und regionale Wahlrecht in Deutschland und Österreich im langen 19. Jahrhundert", Hedwig Richter, Kerstin Wolff (eds.), *Frauenwahlrecht. Demokratisierung der Demokratie in Deutschland und Europa*, Hamburger Edition, Hamburg 2018, 77–98, 79; Birgitta Bader-Zaar, "Rethinking Women's Suffrage in the Nineteenth Century", Kelly L. Grotke, Markus J. Prutsch (eds.), *Constitutionalism, Legitimacy, and Power: Nineteenth-Century Experiences*, Oxford University Press, Oxford – New York 2014, 107–126.

11 In smaller communes there were sometimes just two classes, depending on the size of the commune; § 36 of the Provisional Municipalities Act of 1849 (RGBl 170/1849).

12 Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte (ed.), *Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Facultas, Wien 2018⁵, 206–207.

forced by not allowing women to vote in person.¹³ § 30 of the Provisional Municipalities Act of 1849 stipulated how women were to vote, i.e. not in person but by representation, along with minors and persons under tutelage. Specifically, wives were represented by their husbands, while widows and divorced or unmarried women were represented by a male person of their choice. Women were completely excluded from the right to be elected to a local council.¹⁴

In the 1860s, the regulations for municipal elections adopted by the Austrian crown lands consistently followed the guidelines drawn up in 1849. In major cities, that had their own statutes, such as Vienna or Prague, women were not entitled to vote at all. In other cities where women were entitled to vote, they were always in the minority.¹⁵ However, the proportion of women in the electorate was not insignificant. For example, in the Bohemian municipalities they formed around 20 per cent in the 1880s, in the Lower Austrian city of Retz around 25 per cent, and in the city of Salzburg around the turn of the century women made up more than 25 per cent of the eligible voters. To some extent, these women were represented in the second electoral body, but mostly in the third one as small traders or owners of small properties.¹⁶

Equally controversial was the question of whether female teachers and university graduates were included in the so-called ‘intellectual suffrage’, i.e. had the right to vote without tax payments. This group included members of certain professions such as priests, the military, court and civil officials and teachers, as well as doctoral graduates from the Austrian universities. The law did not provide a clear answer to this question.¹⁷ However, whether or not women could also belong to the class of

13 Birgitta Bader-Zaar, “Bürgerrechte und Geschlecht. Zur Frage der politischen Gleichberechtigung von Frauen in Österreich, 1848–1918”, Ute Gerhard (ed.), *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, Verlag C.H. Beck, München 1997, 547–562; Birgitta Bader-Zaar, Carola Riedmann, “Stimmberechtigte Frauen vor 1918: Zum kommunalen, Landtags- und Reichsratswahlrecht für Frauen in der österreichischen Reichshälfte der Habsburgermonarchie”, *Blaustrumpf ahoi! (ed.), „Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich. Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung*, Löcker Verlag, Wien 2019, 65–79, 66.

14 Paragraph 30, 35; Provisorisches Gemeindegesetz vom 17. März 1849, *Allgemeines Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Österreich*, No. 170/1849.

15 B. Bader-Zaar, C. Riedmann, „Stimmberechtigte Frauen“, 66–67.

16 Peter Urbanitsch, “Die Gemeindevertretungen in Cisleithanien”, Helmut Rumpler, Peter Urbanitsch, *Die Habsburgermonarchie 1848–1918. Band VII/2 Verfassung und Parlamentarismus*, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2000, 2199–2281, 2214–2215.

17 B. Bader-Zaar, *Bürgerrechte und Geschlecht*, 552.

‘intellectual’ voters was still open to discussion. Both Austrian high courts of public law, the Supreme Administrative Court and the Imperial Court, considered themselves competent to decide on electoral law¹⁸, which is why judicature exists from both supreme courts on this specific question.

Since the 1880s for example, the Supreme Administrative Court had developed a line of judicature according to which women, especially female teachers, were not entitled to vote as members of the ‘intellectual’ electoral class. In its first decision on this question, the right to vote for teachers only extended to male teachers. One of the reasons for this was that the German male grammatical form “teachers” used in the election regulations, “die Lehrer”, does not automatically include the female gender.¹⁹ In the following years, female teachers in particular, but also female heads of monasteries, repeatedly tried to fight through the courts for the right to vote.²⁰

It was not until 1904 that the Supreme Administrative Court deviated from its previous viewpoint and ruled that the term “teacher” meant all members of the teaching profession regardless of their gender. If the legislation had only intended to refer to male teachers, it would have had to express this by way of an explicit addition. The Court justified the change in its judicature, among other things, with the fact that the required public employment and higher education were available to female teachers in the same way as to their male colleagues, and under those circumstances the right to vote without tax payment was to be granted.²¹ In the crown land of Carniola, this revised judicature was eventually incorporated into the law in 1910 by referring to “male and female teachers”, but all other women were still excluded from the ‘intellectual’ electoral class, like graduates from the universities.²² After several affirmative decisions from various crown lands, such as Bohemia, Moravia and Silesia, the Supreme Administrative Court held that the principle of women’s right to vote appears to have been expressly laid down for the future and is therefore also binding on the municipal electoral regulations of the other crown lands when interpreting them.²³

18 Ernst Mayrhofer, Graf Anton Pace (eds), *Ernst Mayrhofer's Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst in den im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern mit besonderer Berücksichtigung der diesen Ländern gemeinsamen Gesetze und Verordnungen*, Volume II, Wien 1896⁵, 429.

19 Verwaltungsgerichtshof (VwGH) 28.12.1888, No. 4427.

20 E.g. VwGH 25.10.1893, No. 7473.

21 VwGH 06.07.1904, No. 2805 A; unfortunately, the archive material on this case no longer exists in the Austrian State Archive.

22 Vasilij Melik, *Wahlen im alten Österreich. Am Beispiel der Kronländer mit slowenischsprachiger Bevölkerung*, Böhlau Verlag, Wien – Köln – Weimar 1997, 123.

23 VwGH 23.06.1909, No. 6831 A.

The Imperial Court also considered itself competent to decide on questions of municipal suffrage, including the question of women's suffrage. From Moravia, three cases came to the Imperial Court regarding the right to vote in the 'intellectual' class, with all three cases being dismissed,²⁴ even though one of these decisions was only marginally against the women's right to vote.²⁵ The reason for this decision was that the grammatically masculine forms "teacher" and "graduate" found in the electoral regulations excluded the female gender. Since the turn of the century, women had been allowed to study at the Austrian philosophical and medical faculties, thus female graduates now also demanded their right to vote. The court further held that it was a fundamental intention of the electoral regulations to restrict women's suffrage, for example by denying them the right to vote in person. The other professions with the right to vote without tax payments were clearly male professions, namely clergymen and military personnel. The Imperial Court therefore maintained its position despite the change in the judicature of the Supreme Administrative Court, and continued to oppose women's right to vote until its demise in 1918.²⁶

Contemporary literature was initially opposed to the women's right to vote in the 'intelligence' class, in the same way as the supreme courts, but this opinion changed, just as it happened with the Supreme Administrative Court. The *Staatswörterbuch* by Mischler and Ulbrich should serve as an example here. In the first edition from 1895, Hermann Blodig (jun.), based on the decision of the Supreme Administrative Court of 1888, still held the view that the right to vote, which was based not on tax payment but on personal characteristics, did not include women. They were exempt from the right to vote, even if they met the legal requirements.²⁷ In contrast, in the second edition of the *Staatswörterbuch* from 1906, Max Kulisch affirmed women's right to vote. In principle, this should also apply to women such as university graduates, unless the election regulations ordered the opposite.²⁸

24 Reichsgericht (RG) 13.10.1884, No. 304; RG 17.10.1912, No. 1966; RG 16.10.1913, No. 2031.

25 Birgitta Bader-Zaar, "Das Frauenwahlrecht vor Gericht. Reklamationen und Beschwerden in der österreichischen Reichshälfte der Habsburgermonarchie", Milan Vojáček (ed.), *Reflexe a sebereflexe ženy v české národní elitě 2. poloviny 19. století. Sborník příspěvků z konference uspořádané ve dnech 23.-24.11.2006 Národním archivem ve spolupráci s Archivem hlavního města Prahy*, Scriptorium, Praha 2007, 11–27, 23.

26 See for a detailed analysis of the three cases of the Imperial Court: *Ibid.*, 18–25.

27 Hermann Blodig (jun.), "Gemeindewahlen", Ernst Mischler, Josef Ulbrich (eds.), *Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesammten österreichischen öffentlichen Rechtes*, Volume I, Wien 1895¹, 710–720, 712.

28 Max Kulisch, "Gemeindewahlen", Ernst Mischler, Josef Ulbrich (eds.) *Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesammten österreichischen öffentlichen Rechtes*, Volume II, Wien 1906², 335–346, 337.

4. SUFFRAGE FOR THE PROVINCIAL DIETS IN THE CROWN LANDS

At the beginning of the 1860s, the neo-absolutist system that had existed in Austria since 1852 quickly came into a crisis. The financial emergency and the impending state bankruptcy, due to the war against Sardinia-Piedmont the Empire had lost, made it necessary to abandon neo-absolutism and slowly, but surely return to constitutionalism. As a result of these reforms, provincial diets were established in the Austrian crown lands, to be elected by the population and to send deputies to the Imperial Council, the new state parliament in Vienna.²⁹ The individual electoral regulations in the crown lands, which were regulated uniformly and almost identically in the February Patent in 1861, were primarily intended to maintain the interests of the predominantly aristocratic large estate owners and the wealthier urban population. This was achieved through a curial franchise system, which divided the electorate into four different electoral groups (large landowners, chambers of commerce and industries, cities and markets, and the rural municipalities), assigning a certain number of mandates to each. Within the curiae, the right to vote was based on the right to vote for communities and thus tied to a specific census based on property or income tax payments, or on educational requirements.³⁰

In the curiae of the cities and the rural municipalities, women had the right to vote for the provincial diets as a result of the census prerequisites and the strong connection of the electoral regulations to those for the municipal level, as the wording of the laws was in principle gender-neutral. Surprisingly, at the provincial diet level, the principle that women had to be 'represented' when voting was disregarded, since it was determined that every vote, except in the curia of the large landowners, was "generally only to be given in person". Legally, this provision about personal voting, which was in contradiction to the electoral system for the municipalities, inevitably created great confusion. In the absence of clear guidelines, practice in cities and rural municipalities varied considerably depending on the crown land, district or time. For example, women were sometimes removed from the electoral roll, sometimes not. In some cases, women were not allowed to vote despite appearing on the electoral roll. Then, they were sometimes allowed to vote in person in accordance with the wording

29 Wilhelm Brauneder, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, Manz, Wien 2009¹¹, 137, 148.

30 Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, 204.

of the law. At other times, they were only allowed to do so via an authorised representative.³¹

In Lower Austria, the provincial diet election of 1861 was criticised because women had voted in person. In the course of the election review debate in the Lower Austrian Provincial Diet, the principle of the then applicable women's suffrage was aptly formulated by the deputy Karl Freiherr von Hock: the Provincial Diet was by no means a representation of the people, but a representation of interests. As the interests represented by men were also shared in some instances by women, such interests could therefore be represented by women.³² The Provincial Diet finally accepted all votes from women as valid. To clarify the legal situation, some crown lands implemented legislative amendments, the majority of which stipulated that women had to be represented for their votes in all curiae.³³

Not only the question of personal voting, but also the regulation on granting the powers of attorney in municipal council and occasionally also provincial elections remained controversial. For example, the legal term 'power of attorney' means that the holder of the power of attorney must carry out the wishes of the person who gave the power of attorney. In fact, women were often forced to transfer their right to vote to a man who could not be obliged to vote according to their will or could not be controlled. The power of attorney system was therefore open to misuse. The reason for the frequent denial of personal voting rights for women was stated as being, among other things, that the stormy course of an election would make the personal appearance of women unacceptable.³⁴

This problem was only taken into account in two crown lands: in Lower Austria and in Vorarlberg. From 1904 onwards, women in Lower Austria were generally allowed to vote in person, at least in municipal elections. However, the wife of a man who was entitled to vote had to continue to be represented by her spouse, who was only allowed to cast one vote for both of them. If the husband was not entitled to vote, the wife exercised her right to vote herself.³⁵

31 Vasilij Melik, "Zusammensetzung und Wahlrecht der cisleithanischen Landtage", Helmut Rumpler, Peter Urbanitsch, *Die Habsburgermonarchie 1848–1918. Band VII Verfassung und Parlamentarismus*, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2000, 1311–1352, 1322.

32 Günther Schefbeck, "Der Weg zum Frauenwahlrecht", "... Doch wehe, sobald sie zu stimmen begehren..." *80 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich*, Wien 1999, 4–24, 11.

33 B. Bader-Zaar, "Bürgerrechte und Geschlecht", 549–550.

34 Birgitta Bader-Zaar, "Die 'grande affaire' – Wahlrechtsreformen in Europa und Nordamerika im 'langen' 19. Jahrhundert", Thomas Simon (ed.), *Hundert Jahre allgemeines und gleiches Wahlrecht in Österreich. Modernes Wahlrecht unter den Bedingungen eines Vielvölkerstaates*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010, 13–36, 24.

35 B. Bader-Zaar, *Bürgerrechte und Geschlecht*, 552.

Women were either explicitly excluded from passive suffrage or their exclusion was taken for granted, so that it was not even mentioned in the electoral regulations. Thus, women could take advantage of this regulatory deficit and actually run for the Provincial Diet. This occurred, for example, in the 1908 case in Bohemia of Karla Máchová and Marie Tumová.³⁶ In June 1912, the chairwoman of the Young Czech women's organization, Božena Viková-Kunětická (1863–1934), even managed to secure a mandate for the Provincial Diet, but the Bohemian governor refused to grant it to her.³⁷

5. SUFFRAGE FOR THE IMPERIAL COUNCIL

From 1873 onwards, direct elections for the second chamber of the Austrian parliament, the House of Representatives, were made possible as part of a reform of the electoral law. The first chamber, the House of Lords, was only open to the nobility and eminent personages appointed by the emperor, but all of these were men. The elections to the House of Representatives now followed the same curial and census system as the one found on the provincial diet level. Due to the disproportionately greater political importance of parliamentary voting rights and also because of the influence from other states such as Germany or Great Britain, the exclusion of women from political participation prevailed. In contrast to the gender-neutral formulations of the provincial diet electoral regulations, women were only allowed to vote in the Imperial Council elections in the curia of large estates.³⁸ Indirectly, sole female owners of shops and companies above a certain tax threshold could take part in the Imperial Council elections in the curia of the chambers of commerce and industries. The male managing directors had to cast their votes on their behalf.³⁹

In the further development of electoral law, the gender-specific provisions of the parliamentary electoral law of 1873 served as models for the provincial electoral regulations. Thus, from 1884 onwards, several crown lands, including Lower Austria, excluded women from the right to vote

36 I. Reiter-Zatloukal, *Politische Partizipation*, 11.

37 Luboš Velek, „Der' erste weibliche Abgeordnete der Habsburgermonarchie im Böhmischem Landtag 1912.“ *Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften* 26/2 2015, 41–69; Birgitta Bader-Zaar, „Frauenbewegungen und Frauenwahlrecht“, Helmut Rumpler, Peter Urbanitsch (eds.), *Die Habsburgermonarchie 1848–1918. Band VIII/1 Politische Öffentlichkeit und Zivilgesellschaft*, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2006, 1005–1027, 1021.

38 Thomas Olechowski, *Rechtsgeschichte. Einführung in die historischen Grundlagen des Rechts*, Facultas, Wien 2019⁵, 205.

39 P. Unger, 29–30.

for the provincial diet. The exception was the curia of large landowners, whose votes were crucial because of the small number of members in this electoral body. The Lower Austrian Provincial Diet denied tax-paying women, except large landowners, the right to vote for the provincial diet, on the grounds that in the crown lands the form in which women could exercise their right to vote was very different. The simplest way to achieve uniformity was to deny women the right to vote everywhere. The crown land Bukovina even went so far as to abolish women's right to vote at the municipality level.⁴⁰ An exception to this was the crown land Vorarlberg, which granted women the right to vote in the general curia in 1909, although, unlike men, they had to pay a certain tax for this.⁴¹

Parallel to the development of reducing or abolishing existing voting rights for women, the right to vote at the provincial and state levels was extended to even larger groups of the male population, first by reducing tax requirements, then by introducing a general electoral class that did not require any tax payments but still only included men. The 1907 electoral law reform finally eliminated the curial system and in principle gave men over the age of 24 universal and equal voting rights. The intention of these electoral reforms was to democratize electoral law, but women were disadvantaged, since the reforms removed the modest opportunities for women to vote at the Imperial Council level. Because of the elimination of the large landowner curia, the women who had been entitled to vote in this curia, even if not in person, lost their right to vote completely.⁴² The development could be summarised by saying that the increasing democratization of the right to vote for men was in effect at the expense of women's suffrage.

6. THE WOMEN'S VOTING RIGHTS MOVEMENT IN THE GERMAN SPEAKING CROWN LANDS OF THE AUSTRIAN MONARCHY

In this political climate, which increasingly restricted the avenues available to women to vote, the first women's movements began in Austria. They were to become of particular significance at the end of the 1880s when women lost the right to vote as part of a redesign of voting rights for the Lower Austrian provincial diet. On this occasion, middle-class liberal women organized themselves into the "Association of Teachers and Educators in Austria" and began their protests. Among

40 B. Bader-Zaar, „Bürgerrechte und Geschlecht“, 553.

41 B. Bader-Zaar, „Politische Rechte“, 86.

42 T. Olechowski, 205–206.

their ranks were Auguste Fickert (1855–1910) and Marie Schwarz (1852–1920).⁴³ From 1889 onwards, they tried to get politicians' attention by holding meetings and collecting signatures for petitions to the provincial diets and the Imperial Council, especially when electoral reforms were being debated.⁴⁴ These petitions were not only directed against the abolition of existing rights, but also called for further rights at the municipal and provincial levels, such as the inclusion of women in the right to vote at the municipal level in Vienna. The petitions were not without success: for example, they managed to avert the impending abolition of the right to vote at the municipal level in Lower Austria, as well as the abolition of women's suffrage in the city of Salzburg in 1901 and in the Silesian city of Troppau/Opava in 1908.⁴⁵

Middle-class women vindicated their right to political equality not only based on the principle of "equal rights for all citizens" but also their tax payments according to the British democratic principle of "no taxation without representation". In addition, the right to vote should enable women to represent their specific interests, such as educational reforms or improvements in marriage and family law and career opportunities. In Austria, the women's voting rights movement could never develop into a 'single issue movement' as in Great Britain, for example, where the suffragettes only sought the right to vote. In Austria the movement always contained other demands specific to women.⁴⁶

An example of the attitude and way of thinking of this early middle-class women's movement is an appeal to all female teachers in Lower Austria published in 1889:

"[...] Colleagues, we can no longer ignore the fact that it is only our lack of political rights that makes us suffer one defeat after another in today's wildly unleashed competitive struggle.

At the beginning [...] on an equal footing with our male colleagues in all respects, we now have only the same duties – often even more duties – while our rights are being reduced more and more.

Why?

We are political nobodies, while our male colleagues have become important factors in public life. The bureaucrats making armchair decisions,

43 A. Ziegerhofer, 31–32.

44 Birgitta Bader-Zaar, "Die Forderung des Frauenwahlrechts. Akteur_innen, Strategien, Diskurse in der österreichischen Reichshälfte der Habsburgermonarchie (1848–1918)", *Blaustrumpf ahoi! (ed.), „Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich. Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung*, Löcker Verlag, Wien 2019, 37–61, 42–43.

45 B. Bader-Zaar, „Politische Rechte“, 89–90.

46 B. Bader-Zaar, „Bürgerrechte und Geschlecht“, 554–555.

which affect our weal and woe, are forced to reckon with them, because they have the right to vote.

It is therefore imperative that we try to retain what little political rights we still have – the right to vote at the municipal level – and to regain what we have already been deprived of illegally – the right to vote for the provincial diet, and that the Viennese colleagues also conquer political rights.⁴⁷

As stated in the piece above, written by teachers in Vienna and its surrounding municipalities at the end of 1889, it was professional and financial disadvantages vis-à-vis their male colleagues that prompted them to initiate a women's voting rights movement in Austria. The newspaper article cited above showed once again that the women's movement was not initially concerned with the acquisition of new political rights, but with opposing tendencies towards the abolition of existing rights in Lower Austria.⁴⁸

When these middle-class women tried to coordinate their activities and constitute a formal association, they were faced with the limitations imposed by the Associations Act. In the years that followed, the law on associations valid at that time would severely hamper the middle-class liberal movement of women's voting rights in its campaign. The Associations Act from 1867 allowed political associations in principle, but discriminated against women.⁴⁹ For example, § 30 of the Associations Act 1867 stated: "Foreigners, women and minors must not be accepted as members of political associations."⁵⁰ Women were therefore forced to organize themselves in 'non-political' associations that campaigned for better

47 "[...] Colleginnen wir können uns nicht länger der Einsicht verschließen, dass nur unsere politische Rechtlosigkeit es ist, welche uns in dem wild entfesseltem Concurrenzkampfe der Gegenwart eine empfindliche Niederlage nach der anderen erdulden lässt. Zu Beginn [...] mit unsern männlichen Collegen in jeder Beziehung gleichgestellt, sind uns jetzt davon nur noch die gleichen Pflichten – oft sogar ein Plus an Pflichten – geblieben, während wir in unseren Rechten mehr und mehr verkürzt werden. Warum? Nur deshalb, weil wir die politischen Nullen, unsere Collegen dagegen durch das ihnen zuerkannte Wahlrecht gar wichtige Factoren im öffentlichen Leben geworden sind, mit welchen die Herren am grünen Tisch, die über unser Wohl und Wehe entscheiden, zu rechnen gezwungen sind. Es ist deshalb eine gebieterische Nothwendigkeit, dass wir das Wenige, was wir an politischen Rechten noch besitzen – das Recht, in der Gemeinde zu wählen – uns zu erhalten und das, was uns bereits widerrechtlich entzogen wurde – das Wahlrecht für den Landtag – wiederzugewinnen trachten, dass ferner die Wiener Colleginnen ebenfalls daran gehen, sich politische Rechte zu erobern."; Aufruf an alle Lehrerinnen Niederösterreichs, in: *Der Lehrerinnen-Wart* 12 (10. Dezember 1889), 24.

48 B. Bader-Zaar, „Bürgerrechte und Geschlecht“, 547.

49 A. Ziegerhofer, 32.

50 "Ausländer, Frauenspersonen und Minderjährige dürfen als Mitglieder politischer Vereine nicht aufgenommen werden"; Paragraph 30, Gesetz vom 15. November

access to education or better pay for women. Nevertheless, middle-class women founded the “General Austrian Women’s Association” (“AÖFV”) on 28 January 1893. Membership in political associations was still disallowed for women, which is why the statutes stated that the purpose of the association was “[...] the organization of Austrian women to promote their economic interests and their intellectual education, as well as their social status (with the exception of politics)”.⁵¹

The Social Democrats’ election campaign, which took the form of a ‘class struggle’, was completely separate from the middle-class liberal women’s movement and its ‘gender struggle’, since they saw the AÖFV as dealing solely with the women’s issue from the middle-class standpoint, while the positions of the Social Democrats had taken on too radical a colouring for the AÖFV. The general, equal and direct right to vote “without gender difference”, i.e. the suffrage for women, was anchored in the party program of the Social Democrats during the third party conference in 1892. Viktor Adler justified this later addition by saying that this additional declaration had been forgotten at the Hainfeld Unification Party Conference because not a single female delegate had participated.⁵² Anna Altmann (1852–1937), who had been sent by the German Bohemians, had not been admitted because the Viennese comrades wanted a male delegate. She was told that women were not yet ready to attend such meetings. In fact, it was the male Social Democrats who were not yet ready to include women in their group.⁵³ Despite this initial instance of ‘forgetting’, the Social Democrats were nonetheless the first party to include women’s voting rights in their program. This was in contrast to the prevailing views on the intellectual inferiority of women. However, since large landowners were granted the right to vote, the Social Democrat Therese Schlesinger, for example, could joke that “if a good piece of land was obtained, the intellectual powers [of a woman] would grow considerably”. The *Arbeiterinnenzeitung*, which was founded at the beginning of 1892, served as a platform for the struggle for universal and equal voting rights in the sense

1867 über das Vereinsrecht, *Reichs-Gesetz-Blatt für das Kaiserthum Österreich*, No. 134/1867.

51 “„[...] die Organisation der Frauen österreichs behufs Förderung ihrer wirtschaftlichen Interessen und ihrer intellektuellen Ausbildung, sowie die Hebung ihrer sozialen Stellung (mit Ausnahme der Politik)“; Astrid Fallmann, *Zur Rolle der Frau im österreichischen Parlamentarismus* (1848–1934), Wien 1989, 79–80.

52 Ilse Reiter, “Das Wahlrecht gebt uns frei!’. Kampf der Sozialdemokratie für das allgemeine und gleiche Reichsratswahlrecht“, Thomas Simon (ed.), *Hundert Jahre allgemeines und gleiches Wahlrecht in Österreich. Modernes Wahlrecht unter den Bedingungen eines Vielvölkerstaates*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010, 167–212, 200–201.

53 P. Unger, 36.

of women's suffrage. The newspaper was edited by Adelheid Popp from 1893 onwards.⁵⁴

However, there was initially little enthusiasm from the male party members for supporting this demand. Viktor Adler, for example, said in 1893 that the issue of women's suffrage was not a priority in the party program. He wrote that women's voting rights should only be treated as secondary, because of the backwardness of Austria. Accordingly, the goal of introducing women's suffrage was deferred in favour of the 'more realistic' goal of introducing universal and equal men's suffrage. The female Austrian Social Democrats did not ignore this tactical policy of the founder of the Social Democratic Party and, due to party discipline, submitted to this priority.⁵⁵

The question of the primacy of men's right to vote became acute in 1905 because of the revolution in Russia and the constitutional struggles in the Hungarian half of the Habsburg monarchy. The female Social Democrats now supported their comrades at numerous rallies and meetings for the universal and equal right to vote for men, but at the same time emphasized the future need for women's voting rights. However, this approach was criticized by the German Social Democrats, especially Clara Zetkin and August Bebel.⁵⁶

In contrast to the female Social Democrats, the middle-class liberal women's movement saw the timing of the debates on universal suffrage as particularly suitable for promoting voting rights for women. On 10 December 1905, Marianne Hainisch and other board members of the "Federation of Austrian Women's Associations" founded the "Vienna Women's Voting Rights Committee". But their attempts to overcome the limits of the Associations Act 1867 were unsuccessful. Even after several instances, the Imperial Court did not comply with their request to let them establish an association. Until the beginning of the war, the amendment of the discriminatory § 30 of the Associations Act was therefore a repeated demand by both the middle-class liberal and the Social Democratic women's movements.⁵⁷

On 26 January 1907, the Social Democratic election campaign was finally crowned with success: universal and equal voting rights were introduced for all males. Women, however, were still excluded from political participation. The curial system was abolished and the right to vote was withdrawn from the few female large landowners. The reason given by the

54 I. Reiter, „Das Wahlrecht“, 201–202.

55 G. Scheffbeck, 15.

56 I. Reiter, „Das Wahlrecht“, 187, 206–207.

57 B. Bader-Zaar, „Frauenbewegungen und Frauenwahlrecht“, 1018–1020.

parliament for the fact that women's suffrage had not been introduced was as follows: "The majority of the committee considered that women have so far been disregarded in all European countries where universal suffrage has been introduced, and that it would be very questionable, especially in Austria, at the time of a profound political evolution, to try to get women to participate in political life."⁵⁸

After the goals of their party comrades had been achieved, there was nothing to stand in the way of a stronger agitation by the female Social Democrats for women's voting rights. Beginning in 1907, they were supported by the international Socialist Voting Rights Movement. At the Second International Socialist Women's Conference in Copenhagen in August 1910, it was decided to annually hold an "International Women's Day" as a day of struggle for the political emancipation of women and the right of women to vote. On the first Women's Day in Vienna on 19 March 1911, almost 20,000 women and men took part in a demonstration from Vienna's Parkring to the City Hall.⁵⁹ Ernestine von Fürth, the chairwoman of the middle-class Vienna Women's Voting Rights Committee, was also present. This did not preclude cooperation with the female Social Democrats. However, due to the different strategies of the two women's movements, this approach was ineffective.⁶⁰

In the following years middle-class women began to network more internationally and to take part in international conferences on women's voting rights. On 12 June 1913, there was a demonstration in Vienna, registered with the police as a "sightseeing tour". However, more than 120 automobiles and carriages decorated with yellow flags and the catchphrase "Women's right to vote" were on the move.⁶¹

The development of the Austrian women's movement was shaped and hampered not only by the different objectives and political ideas between middle-class liberal women and Social Democrats, but also by the national conflicts that prevailed in the Habsburg monarchy at the time.⁶² Because of this, it was the individual women's organizations of the various nations of the monarchy, like the Germans, the Czech and the Polish, that were

58 B. Bader-Zaar, „Bürgerrechte und Geschlecht“, 557–558.

59 I. Reiter, „Das Wahlrecht“, 208–209.

60 A. Ziegerhofer, 39–40.

61 *Ibid.*, 37–38.

62 See about the national problem of the Monarchy regarding the women's right movement: Susan Zimmerman, "Reich, Nation, und Internationalismus. Kooperationen und Konflikte der Frauenbewegungen der Habsburgermonarchie im Spannungsfeld internationaler Organisation und Politik", Waltraud Heindl / Edit Király, Alexandra Miller (eds.), *Frauenbilder, feministische Praxis und nationales Bewusstsein in Österreich-Ungarn 1867–1918*, A. Francke Verlag, Tübingen – Basel 2006, 119–168.

represented in the International Women's Suffrage Association (IWSA), and not Austria-Hungary or a (non-existent) umbrella organization for Cisleithania.⁶³

At that time, disputes over both national and social issues dominated the Imperial Council as well. Socialist members' requests to introduce universal women's voting rights were never debated.⁶⁴ On the other hand, a change in opinion was slowly becoming noticeable on the question of amending the law on associations, which had previously prohibited women from membership in political associations. But due to the parliamentary crisis in Austria and the outbreak of the First World War, an amendment was no longer possible.⁶⁵

7. INTRODUCTION OF GENERAL AND EQUAL VOTING RIGHTS FOR ALL CITIZENS IN 1918

With the political upheavals and the overthrow of the monarchy in 1918, the way to the introduction of women's voting rights in Austria was finally paved. It was often argued that the achievements of women in the war caused such a revolution in the public opinion that voting rights for women could no longer be withheld. In fact, the legal breakthrough was primarily due to the new power potential of Social Democracy and the relenting of the Christian Social Party, who hoped to gain votes.⁶⁶

On 30 October 1918, the provisions of the old Associations Act that discriminated against women were abolished.⁶⁷ The granting of women's voting rights to all representative bodies was eventually linked to the proclamation of the Austrian republic. Article 9 of the 'Law on the Form of the State and Government' of 12 November 1918 stipulated that the electoral rules, still to be drafted, "should be based on the general, equal, direct and secret right to vote of all citizens regardless of gender".⁶⁸ The voting age was set at 20 years, the passive voting age at 29 years.⁶⁹

63 See about the difficult situation of the different Austrian nationalities in international organizations: Susan Zimmermann, "The Challenge of Multinational Empire for the International Women's Movement: The Habsburg Monarchy and the Development of Feminist Inter/National Politics", *Journal of Women's History*, 17/2 2005, 87–117.

64 B. Bader-Zaar, „Bürgerrechte und Geschlecht“, 559.

65 A. Fallmann, 150–153.

66 B. Bader-Zaar, „Bürgerrechte und Geschlecht“, 560–561.

67 Article 3, Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918, *Staatsgesetzblatt für den Staat Deutschösterreich*, No. 3/1918.

68 Articles 9–10, Gesetz vom 12. November 1918 über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich, *Staatsgesetzblatt für den Staat Deutschösterreich*, No. 5/1918.

69 R. Hoke, 463.

In principle, opposition to women's right to vote was rare in the various stages of development of the electoral regulations for the Austrian Constituent Assembly. Rather, the focus of the discussions was on the possibility of subjecting the female voters to control, since each party feared that their opponents would win the election due to women's right to vote. In addition to proposals to use differently coloured ballot papers or envelopes or separate ballot boxes to obtain information about the supposedly specific voting behaviour of women, there were requests to limit the number of female voters. This would have been constructed through a higher minimum age for women, who, as a result of the war, constituted more than half of the eligible voters.⁷⁰ The Christian Socials and German Nationals very stubbornly called for the introduction of compulsory voting on the grounds that otherwise only radical or Social Democratic women would vote and hardly any conservative ones.⁷¹ In 1918 these attempts to manipulate women's suffrage were not realized, with the exception of the exclusion of "women who are under moral surveillance", which meant prostitutes.⁷² On this issue there was consensus among the parties. However, this discriminatory provision was abolished by the 1923 electoral regulations,⁷³ because of the Federal Constitutional Law of 1920 (*Bundes-Verfassungsgesetz*). Due to the constitution of 1920, only judicial convictions justified exclusion from the right to vote.⁷⁴ Resolving the question of compulsory voting was left to the provincial legislation and gender-based vote counting was only introduced in 1920 and maintained throughout the First Republic.⁷⁵

In the Constituent Assembly election on 16 February 1919, women were able to exercise their newly acquired right for the first time. At 82.1 per cent, their turnout was just below that of men at 87 per cent. With almost 52.2 per cent, women made up the majority of the population eligible to vote. These figures made it clear that women were significant as

70 B. Bader-Zaar, „Bürgerrechte und Geschlecht“, 561.

71 G. Schefbeck, 18.

72 Veronika Helfert, „Die Sittlichkeit der Staatsbürgerin. Zum Zusammenhang von Sittlichkeit und Geschlecht im Wahlrecht der Konstituierenden Nationalversammlung“, *Blaustrumpf ahoi! (ed.), „Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich. Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung*, Löcker Verlag, Wien 2019, 125–137, 131–132.

73 A. Ziegerhofer, 49.

74 Gerhard Strejcek, *Das Wahlrecht der Ersten Republik. Analyse der Wahlrechtsentwicklung 1918–1934*, Manz, Wien 2009, 16; Article 26/5 *Bundes-Verfassungsgesetz*, *Staatsgesetzblatt* No. 450/1920 and *Bundesgesetzblatt* No. 1/1920.

75 B. Bader-Zaar, „Bürgerrechte und Geschlecht“, 561–562.

voters from the 1919 election onwards.⁷⁶ On 4 March 1919, the first eight female parliamentarians finally entered parliament. In addition to the Christian Social Dr. Hildegard Burjan, there were seven Social Democrats: Anna Boschek, Emmy Freundlich, Adelheid Popp, Gabriele Proft, Therese Schlesinger, Amalie Seidl and Maria Tusch.⁷⁷

8. SUMMARY AND FINAL CONCLUSIONS

In summary, it was a long road to the introduction of universal and equal voting rights for all citizens in Austria in 1918. Even in the early electoral regulations of the monarchy, the provincial and municipal electoral regulations of the 1860s in particular, an active right to vote was also provided for women under the then applicable census system, provided they met the required tax threshold. However, the right to vote was restricted by the fact that women were usually not permitted to vote in person. The slow suppression of women's suffrage started in 1873 with the introduction of direct elections for the Imperial Council, which for the first time restricted women's voting rights to the curia of large landowners, and the Imperial Council electoral regulations unfolded as a model for the other electoral regulations.

The debates on women's voting rights in Austria only began when universal suffrage slowly began to prevail at the provincial level, replacing the previous curial system, and the few women who had already had the right to vote lost that right in the course of this process. In short: "In the premodern traditional understanding of the law, [...] the 'belonging to a certain social class' ranked before gender, while the category 'gender' as an exclusion criterion only developed fully in the democratic understanding of citizens' 'equality'."⁷⁸

76 Veronika Helfert, "Wilde Wahlweiber? Bemerkungen zur Geschichte des Kampfes um das Frauenwahlrecht in Österreich", Elena Messner, Eva Schörkhuber, Petra Sturm (eds.), *Warum feiern. Beiträge zu 100 Jahre Frauenwahlrecht*, Edition Atelier, Wien 2018, 13–28, 22–23.

77 P. Unger, 47.

78 "Im vormodernen traditionellen Rechtsverständnis rangierte [...] die ‚Standeszugehörigkeit‘ vor dem Geschlecht, während die Kategorie ‚Geschlecht‘ als Ausschlusskriterium erst im demokratischen Rechtsverständnis der staatsbürgerlichen ‚Gleichheit‘ ihre volle Dynamik zur Entfaltung brachte."; Brigitte Mazohl-Wallnig, "Frauenwahlrecht im Spannungsfeld von öffentlichem Recht und Privatrecht. Perspektiven und Probleme eines Vergleichs zwischen Deutschland, Österreich und Großbritannien", Martin Kirsch, Anne G. Kosfled, Pierangelo Schiera (eds.), *Der Verfassungsstaat vor der Herausforderung der Massengesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin 2002, 255–276, 265.

In Austria the development of women's movements was therefore relatively late compared to other European countries. Also, due to the national differences in the Austrian half of the monarchy, with the division into middle-class liberal and Social Democratic women's movements, it was not possible to build up a single large movement. A further obstacle was the prevailing association law, which denied women membership in political associations.

With the political upheaval and the overthrow of the monarchy in 1918, the introduction of women's voting rights in Austria was finally made possible. The proclamation of the republic on 12 November 1918 secured the general, equal, direct and secret voting rights of all citizens regardless of gender.

BIBLIOGRAPHY

PRIMARY SOURCES:

- Aufruf an alle Lehrerinnen Niederösterreichs, *Der Lehrerinnen-Wart* 12 (10. Dezember 1889), 24.
- Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918, *Staatsgesetzblatt für den Staat Deutschösterreich*, No. 3/1918.
- Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz), *Staatsgesetzblatt* No. 450/1920 and *Bundesgesetzblatt* No. 1/1920.
- Gesetz vom 12. November 1918 über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich, *Staatsgesetzblatt für den Staat Deutschösterreich*, No. 5/1918.
- Gesetz vom 15. November 1867 über das Vereinsrecht, *Reichs-Gesetz-Blatt für das Kaiserthum Österreich*, No. 134/1867.
- Provisorisches Gemeindegesezt vom 17. März 1849, *Allgemeines Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Österreich*, No. 170/1849.
- Reichsgericht (RG) 13.10.1884, No. 304; RG 17.10.1912, No. 1966; RG 16.10.1913, No. 2031.
- Verwaltungsgerichtshof (VwGH) 28.12.1888, No. 4427; VwGH 25.10.1893, No. 7473; VwGH 06.07.1904, No. 2805 A.
- Anton Springer (ed.), *Protokolle des Verfassungs-Ausschusses im Oesterreichischen Reichstage 1848–1849*, Verlag von S. Hirzel, Leipzig 1885.

SECONDARY SOURCES:

- Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte (ed.), *Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Facultas, Wien 2018⁵.

- Birgitta Bader-Zaar, "Bürgerrechte und Geschlecht. Zur Frage der politischen Gleichberechtigung von Frauen in Österreich, 1848–1918", Ute Gerhard (ed.), *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, Verlag C.H. Beck, München 1997, 547–562.
- Birgitta Bader-Zaar, "Das Frauenwahlrecht vor Gericht. Reklamationen und Beschwerden in der österreichischen Reichshälfte der Habsburgermonarchie", Milan Vojáček (ed.), *Reflexe a sebereflexe ženy v české národní elitě 2. poloviny 19. století. Sborník příspěvků z konference uspořádané ve dnech 23.–24.11.2006 Národním archivem ve spolupráci s Archivem hlavního města Prahy*, Scriptorium, Praha 2007, 11–27.
- Birgitta Bader-Zaar, "Die Forderung des Frauenwahlrechts. Akteur_innen, Strategien, Diskurse in der österreichischen Reichshälfte der Habsburgermonarchie (1848–1918)", Blaustrumpf ahoi! (ed.), *„Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich. Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung*, Löcker Verlag, Wien 2019, 37–61.
- Birgitta Bader-Zaar, "Die ‚grande affaire‘ – Wahlrechtsreformen in Europa und Nordamerika im ‚langen‘ 19. Jahrhundert", Thomas Simon (ed.), *Hundert Jahre allgemeines und gleiches Wahlrecht in Österreich. Modernes Wahlrecht unter den Bedingungen eines Vielvölkerstaates*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010, 13–36.
- Birgitta Bader-Zaar, "Frauenbewegungen und Frauenwahlrecht", Helmut Rumpler, Peter Urbanitsch (eds.), *Die Habsburgermonarchie 1848–1918. Band VIII/1 Politische Öffentlichkeit und Zivilgesellschaft*, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2006, 1005–1027.
- Birgitta Bader-Zaar, "Politische Rechte für Frauen vor der parlamentarischen Demokratisierung. Das kommunale und regionale Wahlrecht in Deutschland und Österreich im langen 19. Jahrhundert", Hedwig Richter, Kerstin Wolff (eds.), *Frauenwahlrecht. Demokratisierung der Demokratie in Deutschland und Europa*, Hamburger Edition, Hamburg 2018, 77–98.
- Birgitta Bader-Zaar, "Rethinking Women's Suffrage in the Nineteenth Century", Kelly L. Grotke, Markus J. Prutsch (eds.), *Constitutionalism, Legitimacy, and Power: Nineteenth-Century Experiences*, Oxford University Press, Oxford – New York 2014, 107–126.
- Birgitta Bader-Zaar, Carola Riedmann, "Stimmberechtigte Frauen vor 1918: Zum kommunalen, Landtags- und Reichsratswahlrecht für Frauen in der österreichischen Reichshälfte der Habsburgermonarchie", Blaustrumpf ahoi! (ed.), *„Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich. Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung*, Löcker Verlag, Wien 2019, 65–79.
- Hermann Blodig (jun.), "Gemeindewahlen", Ernst Mischler, Josef Ulbrich (eds.), *Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesamten österreichischen öffentlichen Rechtes*, Volume I, Wien 18951, 710–720.
- Wilhelm Brauner, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, Manz, Wien 2009¹¹.

- Astrid Fallmann, *Zur Rolle der Frau im österreichischen Parlamentarismus (1848–1934)*, Wien 1989.
- Gabriella Hauch, “Arbeit, Recht und Sittlichkeit‘ – Themen der Frauenbewegungen in der Habsburgermonarchie“, Helmut Rumpler, Peter Urbanitsch (eds.), *Die Habsburgermonarchie 1848–1918. Band VIII/1 Politische Öffentlichkeit und Zivilgesellschaft*, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2006, 965–1003.
- Veronika Helfert, „Die Sittlichkeit der Staatsbürgerin. Zum Zusammenhang von Sittlichkeit und Geschlecht im Wahlrecht der Konstituierenden Nationalversammlung“, Blaustrumpf ahoi! (ed.), „*Sie meinen es politisch!*“ *100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich. Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung*, Löcker Verlag, Wien 2019, 125–137.
- Veronika Helfert, “Wilde Wahlweiber? Bemerkungen zur Geschichte des Kampfes um das Frauenwahlrecht in Österreich“, Elena Messner, Eva Schörkhuber, Petra Sturm (eds.), *Warum feiern. Beiträge zu 100 Jahre Frauenwahlrecht*, Edition Atelier, Wien 2018, 13–28.
- Rudolf Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, Böhlau Verlag, Wien – Köln – Weimar 1992².
- Max Kulisch, “Gemeindewahlen“, Ernst Mischler / Josef Ulbrich (eds.) *Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesamten österreichischen öffentlichen Rechtes*, Volume II, Wien 19062, 335–346.
- Brigitte Mazohl-Wallnig, “Frauenwahlrecht im Spannungsfeld von öffentlichem Recht und Privatrecht. Perspektiven und Probleme eines Vergleichs zwischen Deutschland, Österreich und Großbritannien“, Martin Kirsch, Anne G. Kosfled, Pierangelo Schiera (eds.), *Der Verfassungsstaat vor der Herausforderung der Massengesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin 2002, 255–276.
- Stefan Malfè, “Der Konstitutionalismus in der Habsburgermonarchie – Siebzig Jahre Verfassungsdiskussion in ‘Cisleithanien‘“, Helmut Rumpler, Peter Urbanitsch (eds.), *Die Habsburgermonarchie 1848–1918. Band VII/1 Verfassung und Parlamentarismus*, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2000, 11–67.
- Ernst Mayrhofer, Graf Anton Pace (eds), *Ernst Mayrhofer’s Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst in den im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern mit besonderer Berücksichtigung der diesen Ländern gemeinsamen Gesetze und Verordnungen*, Volume II, Wien 1896.
- Vasilij Melik, *Wahlen im alten Österreich. Am Beispiel der Kronländer mit slowenischsprachiger Bevölkerung*, Böhlau Verlag, Wien – Köln – Weimar 1997.
- Vasilij Melik, “Zusammensetzung und Wahlrecht der cisleithanischen Landtage“, Helmut Rumpler, Peter Urbanitsch, *Die Habsburgermonarchie 1848–1918. Band VII Verfassung und Parlamentarismus*, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2000, 1311–1352.

- Thomas Olechowski, *Rechtsgeschichte. Einführung in die historischen Grundlagen des Rechts*, Facultas, Wien 2019⁵.
- Ilse Reiter, "Das Wahlrecht gebt uns frei!'. Kampf der Sozialdemokratie für das allgemeine und gleiche Reichsratswahlrecht", Thomas Simon (ed.), *Hundert Jahre allgemeines und gleiches Wahlrecht in Österreich. Modernes Wahlrecht unter den Bedingungen eines Vielvölkerstaates*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010, 167–212.
- Ilse Reiter-Zatloukal, "Politische Partizipation von Frauen – Historische Entwicklung und frauenpolitische Perspektiven", *Global View* 2/2014, 10–12.
- Günther Scheffbeck, "Der Weg zum Frauenwahlrecht", "... Doch wehe, sobald sie zu stimmen begehren..." *80 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich*, Wien 1999, 4–24.
- Gerhard Strejcek, *Das Wahlrecht der Ersten Republik. Analyse der Wahlrechtsentwicklung 1918–1934*, Manz, Wien 2009.
- Petra Unger, *Frauen Wahl Recht. Demokratie und Frauenrechte*, Wien 2018.
- Peter Urbanitsch, "Die Gemeindevertretungen in Cisleithanien", Helmut Rumpler, Peter Urbanitsch, *Die Habsburgermonarchie 1848–1918. Band VII/2 Verfassung und Parlamentarismus*, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2000, 2199–2281.
- Luboš Velek, „Der“ erste weibliche Abgeordnete der Habsburgermonarchie im Böhmischem Landtag 1912.“ *Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften* 26/2 2015, 41–69
- Anita Ziegerhofer, *Ohne Frauenbewegung kein Stimmrecht. „Müht euch um den Stimmzettel, er ist der Schlüssel zu allen bürgerlichen Rechten“*, Leykam Buchverlag, Graz – Wien 2018.
- Susan Zimmerman, "Reich, Nation, und Internationalismus. Kooperationen und Konflikte der Frauenbewegungen der Habsburgermonarchie im Spannungsfeld internationaler Organisation und Politik", Waltraud Heindl / Edit Király / Alexandra Miller (eds.), *Frauenbilder, feministische Praxis und nationales Bewusstsein in Österreich-Ungarn 1867–1918*, A. Francke Verlag, Tübingen – Basel 2006, 119–168.
- Susan Zimmermann, "The Challenge of Multinational Empire for the International Women's Movement: The Habsburg Monarchy and the Development of Feminist Inter/National Politics", *Journal of Women's History*, 17/2 2005, 87–117.

Мр Марија Тереза МУНДШПЕРГЕР*

ЖЕНСКО ПРАВО ГЛАСА У АУСТРИЈСКОМ ДЕЛУ ХАБЗБУРШКЕ МОНАРХИЈЕ 1848–1918

Сажетак

Иако је то претежно непознато, жене су у Хабзбуршкој монархији у XIX веку ипак имале одређена гласачка права, нарочито на општинском и провинцијском нивоу. У том периоду, гласачко право било је базирано на два стуба – имовини и образовању, а не на критеријуму пола. Дуго се није доводило у питање право жена на гласање засновано на плаћању пореза. Чињеница да су жене такође могле бити део гласачког тела „интелигенције“ била је контроверзна, што се може видети у неким одлукама аустријских високих судова. Тек крајем 19. века критеријум пола почиње да преовлађује у изборној регулативи, долази до ерозије женског гласачког права, што заузврат доводи до рађања женског покрета у Аустрији. Монархија је пала 1918. године и универзално женско гласачко право коначно је отеловљено у прокламацији Аустријске републике од 12. новембра 1918. године.

Кључне речи: *Женско гласачко право. – Хабзбуршка монархија. – Парламентаризам. – Женски покрети. – XIX век.*

Рад приспео / Paper received: 30.5.2020.

Измењена верзија / Revised version: 23.7.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 6.8.2020.

* Ауторка је асистенткиња на Катедри за правну и уставну историју Универзитета у Бечу; marie.therese.mundspurger@univie.ac.at; овај рад је прихваћен за конференцију Iustoria 2020 у Београду, која је одложена због пандемије коронавируса, и биће на њој представљен.

UDC 340.137:343.2/.7(497.1)"1910/1926"
343.2/.7(497.1)(094.5)"1929"

CERIF: S149, H240, H250, H300

DOI: 10.51204/HLH_20107A

Милош З. КНЕЖЕВИЋ, мастер*

РАД НА УНИФИКАЦИЈИ МАТЕРИЈАЛНОГ
КРИВИЧНОГ ПРАВА КРАЉЕВИНЕ СХС –
ОД ПРОЈЕКТА ИЗ 1910. ГОДИНЕ ДО ПРЕДЛОГА
КАЗНЕНОГ ЗАКОНИКА ИЗ 1926. ГОДИНЕ

Један од кључних изазова са којим се суочила новоформирана Краљевина Срба, Хрватиа и Словенаца је био превазилажење правне разноликости. У њу сврху формирано је више различитих тела која су имала задатак да изврше унификацију материјалног кривичног права. Циљ нам је био да јасно презентујемо процедуру и постојање израде кривичног законика, почевши од претпројекта из 1910/11. године, пројекта из 1922. године, па све до предлога из 1926. године, који је уз мање измене озаконен након увођења шестојануарске диктатуре, да предочимо утицај француског, руског, норвешког, руског и немачког законика на решења домаће права и да прикажемо развој установе или увођење постојећих нових институција у материјално кривично право Краљевине СХС. Иако везан за Краљевину Србију, подробној анализи смо додали и претпројекат казненог законика из 1910. године, јер управо он чини основу предлога из 1926. године, који је уз мање измене озаконен 1929. године. Кривичним законом за Краљевину Срба, Хрватиа и Словенаца начелно се одустило од тројне поделе кривичних дела, уведене су мере безбедности, условна осуда, могућности повраћаја права и поништаја осуде, итд. Управо због мноштва нових институција и усложњености са достигнућима науке кривичног права значај овог законика је огроман и слободно се може

* Мастер правник из уже научне области правна историја,
milos.knezevic993@gmail.com

Овај рад представља делимично измењену и скраћену верзију рада Милоша (Зорана) Кнежевића, „Историја настанка Кривичног законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца (Југославију) из 1929. године“ одбрањеног 4. марта 2020. године на Правном факултету Универзитета у Београду.

рећи да преставаља темељ модерној српској кривичној праву, али и кривичној праву свих јужнословенских народа.

Кључне речи: *Кривично право. – Унификација. – Краљевина Срба, Хрватша и Словенаца. – Кривични законик. – Краљевина Југославија.*

1. УВОД

Овај рад је подељен у три тематске целине, поред увода и закључка. У првом поглављу се презентује историјат настанка и садржина пројекта кривичног законика из 1910/11. године, дат је кратак осврт на битније одлуке министра правде које су утицале на даљи поступак унификације права новоформиране државе и хронолошким редом је приказан рад на изједначењу прописа током 1919, 1920. и 1921. године. У другој целини су изложене критичке анализе правних стручњака и институција из Србије, Црне Горе, Новог Сада, Сарајева и Загреба пројекта кривичног законика из 1922. године. Овим истим поглављем обрађује се и питање даљег уређења поступка унификације. Последња тематска целина доноси анализу садржаја пројекта кривичног законика из 1926. године и историјат његовог упућивања у скупштинску процедуру, то јест претреса пред секцијом законодавног одбора и самим одбором. Приликом писања рада углавном је коришћена архивска грађа министарства правде (законодавног одељења), јер упркос учешћу великог броја правних стручњака у овом послу, ниједан од чланова разних комисија није оставио дело већег обима којим би посебан акценат био стављен на историјат унификације кривичноправних норми Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца.

Почевши од Првог српског устанка, постојала је намера да се појединим добрима и вредностима обезбеди заштита од повреде и угрожавања. Са тим циљем је донет низ кривичноправних прописа попут Законика проте Матеје Ненадовића из 1804. године,¹ Карађорђевог криминалног законика (1807. година – садржи 38 чланова и углавном регулише војна питања) и Казнителног закона за полицајне преступе (донет 1850. године). С обзиром на то да је кнез Александар Карађорђевић српске кривичноправне норме оценио

1 Законик се састоји од „петнаест пунктова“. Прота Матеја Ненадовић у својим мемоарима наводи да је већину чланова записао из Крмчије Светога Саве, а да је читао и „законе Јустинијанове и Мојсејеву строгост над Јеврејима.“ Наведено према Тома Живановић, *Основи Кривичној праву – ошћин гео*, Геца Кон а.д, Београд 1922, 38.

као „варварске и противне духу времена у коме живимо“², током 1855/56. године започело се са израдом новог кривичног законика³ који је коначно уобличен и донет 1860. године, под називом „Казнителни (криминални) законик за Књажество Србију“. Он је рађен по узору на пруски кривични законик, али и низ закона који су важили на територији других немачких земаља. Норме су у појединим деловима дословно превођене, а некада слободније интерпретиране и уношене у текст. Њиме је узаконен низ нових института, својствених српским приликама, којима се обезбеђује посебна правна заштита отаџбини, владару и уставу. Огроман је значај појединих норми, јер се њима по први пут јасно и недвосмислено уводи у српско кривично право примена начела законитости, забране ретроактивности и правне једнакости. Сам законски текст је у каснијем периоду претрпео низ измена и допуна, али је његово важење (у појединим деловима проширено на целу територију Краљевине) трајало све до доношења Кривичног законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца из 1929. године.⁴

Одмах након проглашења „уједињења Србије са земљама независне државе Словенаца, Хрвата и Срба у јединствено Краљевство Срба, Хрвата и Словенаца“, нова држава суочила се са проблемом партикуларизма правног система. На територији Краљевине постојало је шест правних подручја (подручје некадашње Краљевине Србије, некадашње Краљевине Црне Горе, Хрватске и Славоније, Далмације и Словеније, Војводине и Међуморја, и Босне и Херцеговине) на којима је вршена примена различитих правних прописа. Поред важења различитих закона на истој тој територији постојао је и већи број кас-

2 Зоран Мирковић, *Српска правна историја*, Правни факултет Универзитета у Београду – Издавачки центар, Београд 2017, 165.

3 Савет у циљу израде новог кривичног законика формира комисију на чијем се челу налазио Стефан Магазиновић, који је обављао судијску и функцију председника Апелационог и Врховног суда, упркос чињеници да није био дипломирани правник. З. Мирковић, 165; Љубомирка Кркљуш, *Правна историја српског народа*, Правни факултет Универзитета у Београду–Центар за издаваштво и информисање, Београд 2011, 180; Тома Живановић, *Основи Кривичног права Краљевине Југославије – општи гео*, Штампарија „Гундулић“, Београд 1935, 84.

4 О значају и донетима Кривичног законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца из 1929. године видети: Тома Живановић, *Основи Кривичног права Краљевине Југославије – посебан гео*, Штампарија „Гундулић“, Београд 1935, Душан Суботић, *Шесћ основних проблема Кривичног права*, Геца Кон а.д, Београд 1933, Josip Šilović i Stanko Frank, *Krivični zakonik za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca – popraćen bilješkama*, Jugoslovenska štampa D.D, Zagreb 1929, Nikola Ignjatović, Boško Đurđev i Mihajlo Kupusarević, *Praktični rukovodnik novog Krivičnog zakonika*, štamparija «Oblasti Bačke», Zagreb 1930 и Metod Dolenc, *Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Tisak «Tipografija» D.D, Zagreb 1930.

ационих судова који су својом применом права стварали различиту правну праксу. У Србији је основни извор кривичног права представљао Казнителни (криминални) законик из 1860. године. Уз њега као извор се појављују и закони који допуњују његову садржину (нпр. Закон о јавној безбедности из 1905. године), уредбе, правила (нпр. „Правила Министарства правде о издржавању затвора изван казних завода“ из 1883. године) и билатерални међународни уговори. Важеће Војног казног законика Краљевине Србије је указом из 1919. године проширено на целу територију Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца. На правном подручју Србије постојала је надлежност Касационог суда у Београду и Апелационих судова у Београду и Скопљу. Територија Црне Горе била је покривена надлежношћу Великог суда у Подгорици и на њој је вршена примена Кривичног законика из периода Књажевине Црне Горе (1906. година). Овај црногорски кривични законик представљао је копију србијанског, при чему су у самом тексту извршене мање измене и допуне од стране тамошње комисије. Новелирани аустријски казни законик (од 1852. године)⁵ важио је на подручју Хрватске, Славоније, Словеније, Далмације и других земаља (са надлежношћу загребачког Стола Седморице, Одељење А и Б и Апелационих судова у Сплиту, Загребу и Љубљани и Врховног суда у Сарајеву). У области брачног права на територији босанско-херцеговачког правног подручја вршена је примена шеријатског права, са свим његовим специфичностима, што је било нарочито значајно приликом квалifikације појединих кривичних дела против брака и породице. Угарски законик из 1878. године примењиван је у правном подручју Међуморја и Војводине са надлежношћу Касационог суда у Новом Саду. Особеност овога дела Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца била је и примена обичајног мађарског права у појединим областима регулисања друштвеног живота.

Иако је основна одлика унитарне државе „хомогеност власти“, која подразумева да државну власт врше централни органи, она сама по себи не искључује могућност постојања више правних подручја са применом различитог права на својој територији, уз услов да је исти орган легислативне власти творац правних норми које се примењују на датим подручјима. У том случају радило би се о облику унитарне државе, сједињеној унији (*l'union incorporée*), у којој „постоји плу-

5 Важење овога законика (вид. у наставку) везивало се и за правно подручје БиХ, при чему је ту вршена примена шеријатског права у области брачног права, као што је и у правном подручју Краљевине Србије вршена примена црквених прописа Православне Цркве. Још једна особеност овог правног подручја огледа се у чињеници да је аустријски кривични законик из 1852. године у Босни и Херцеговини био насловљен као „Казнени Закон о злочинствима и преступцима за Босну и Херцеговину“ (година 1889).

рализам законодавства, само без плурализма законодавца“.⁶ Како је држава Уставом из 1921. године одређена као унитарна, а доносиоци важећих закона су били различити, Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца није могла бити сједињена унија, те се стога морало приступити уклањању правне разноликости.

О важности изједначења закона сведоче и речи проф. Михаила Чубинског, једног од кључних људи у поступку унификације, да „изједначење закона у свакој држави стоји ван спора. Чак и у федералистичким државама разноликост закона не може бити пример за подражавање“. Да је федералистички концепт превагнуо приликом уређења Краљевине, то не би била сметња даљем поступку изједначења закона, будући да је у Европи тога времена постојала тенденција да се и у савезним државама, попут Немачке или Швајцарске, изврши унификација грађанског и кривичног законодавства. Говорећи о значају унификације, Чубински наводи да је недопустиво да „у држави постоји толико различитих правосуђа, колико у њој има појединих области или великих вароши“, те да је „тај систем везан са низом тешких конфликта и правних колизија, које готово не дају да се реше“.⁷

Упркос новелама које су учињене у односу на аустријски кривични законик, многим савременим правним институтима које је садржао угарски законик, бројним изменама и допунама србијанског казненог законика и релативно скорије донетом црногорском кривичном законiku, правне норме које су њима прописане нису одговарале друштвеним односима које су регулисале, као ни достигнућима правне науке. Уз то, правни партикуларизам је за државну власт представљао изазов, чијим је савладавањем јачана кохезија Краљевине. Проблеми који су спутавали изједначавање права, до доношења Устава из 1921. године, тицали су се облика државног уређења: након што је Видовдански устав донет уследили су међунационални сукоби⁸ који су коначни епилог добили атентатом у Народној скупштини и завођењем шестојануарске диктатуре.⁹

6 Ратко Марковић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2011, 361

7 Михаило Чубински, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије*, Геца Кон а.д., Београд 1934, 3–4.

8 Више о узроцима међунационалних сукоба видети: Василије Крестић, *Српско-хрватски односи и југословенска идеја у другој половини деветнаестог века*, Нова књига, Београд 1988; Мирјана Стефановски, *Идеја хрватског државног права и стварање Југославије*, Правни факултет Универзитета у Београду – Издавачки центар, Београд 2008.

9 Више о друштвеним и политичким околностима који су довели до увођења шестојануарске диктатуре видети: Светозар Прибићевић, *Диктатура краља Александра*, Просвета, Београд 1952.

2. ПОКУШАЈ МОДЕРНИЗАЦИЈЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА КРАЉЕВИНЕ СРБИЈЕ КАО ОСНОВ УНИФИКАЦИЈЕ КРИВИЧНОГ ПРАВА НОВОФОРМИРАНЕ ДРЖАВЕ

Уочивши потребу за доношењем новог кривичног законика, министар правде Марко Трифковић, решењем 4185 од 27. марта 1908. године, формира посебну комисију са задатком израде законског нацрта. Из садржине одлуке можемо видети да се министар морао делимично правдати због овакве иницијативе, јер у њеним првим редовима наводи све предности тада важећег законика, почевши од полувековног важења до његове „епохалне“ садржине за оно време, узгредно додајући да напредак науке тражи узаконење нових кривичноправних решења. Управо развој науке кривичног права у погледу индивидуалне кривичне одговорности, многобројне измене и допуне законика којима је он изгубио „првобитно обележје једноставности“ и пракса многобројних европских држава, од којих су неке већ донеле нови законик (Француска, Аустрија, Русија и Норвешка), а поједине формирале одборе (Немачка), по мишљењу министра били су довољан повод да се „у том циљу има образовати нарочита комисија стручних правника, који ће израдити пројекат новог казненог законика, а уз исти израдити и мотиве“.¹⁰ За чланове уже комисије „која ће израдити пројекат“ одређени су: судија Касационог суда Марко Ђуричић, др Милутин Миљковић судија првостепеног суда окружног београдског, проф. др Божидар Марковић, и секретар министарства правде др Душан Суботић. Они су имали потпуну слободу приликом израде пројекта.

Након окончања посла на изради законика и мотива, члановима „посебне комисије“ било је наложено да материјале доставе министарству, а оно би даље исте проследило члановима шире комисије.¹¹ Ово ново тело, са укупно осам чланова, обавезано је да прво самостално претресе све претходно сачињене радове, и на крају „заједно са члановима ове уже комисије утврди дефинитиван текст пројекта закона“. Како би нацрт што пре био готов, у оквирима уже комисије је извршена подела посла. Према утврђеном плану, за

10 Пројекат Казненог законика за Краљевину Србију, *Пројекат и мотиви Казненог законика за Краљевину Србију*, Службено издање Министарства правде, Београд 1910, IV.

11 Чланови шире комисије били су: Председник Министарског Савета и адвокат Јован Авакумовић, државни саветник у пензији Гргур Миловановић, државни саветник Михаило Јовановић, Вучко Ђорђевић, судија Касационог суда Никола Нинић Симић, адвокат Никола Николић и професор Тома Живановић.

општи део био је задужен Божидар Марковић, док су остали чланови комисије радили на посебном делу. Укупно је одржано више од четрдесет седница комисије. Израда пројекта и мотива „казненог законика“ трајала је пуне две године (1908–1910.), након чега је уследило штампање и достављање примерака члановима шире комисије, као и свим лицима за која се веровало „да ће штети и моћи да својом сарадњом помогну на изради овог прописа“.

Нацрт „Казненог законика за Краљевину Србију“ из 1910. године се састоји из општег и посебног дела и има 416 чланова. У погледу садржине приметан је утицај норвешког (1902. година) и руског кривичног законика из 1903. године. Прва глава садржи уводне одредбе. Почевши од првог члана пројекта, где се говори о подели кривичних дела на злочине и преступе, види се одступање од трихотомије која је постојала у тада важећем закону из XIX века и ослонац који су чланови комисије нашли у норвешком законнику. Наиме, подела на злочинства, преступе и иступе први пут се среће у прописима Француске (*Code penal*)¹² након чега прелази у законодавства немачких земаља. Од овакве класификације одступа се у каснијим предлозима и законима низа европских земаља.¹³ Нацртом се злочини одређују као тежа кривична дела и обухватају дотадашње злочине и преступе, а преступи се у потпуности поклапају са дотадашњим појмом иступа. Марковић наводи да: „све до 1860, када је садашњи казнени законик стао на снагу, нашем законодавству израз иступ био је непознат. Дотле се знало само за израз злочин и преступ. Штавише, преступом се до 1860. означавало оно исто, што се од тада означава изразом иступ“. Термин „иступ“ је стварао код правних стручњака и језичке дилеме, јер пре може асоцирати на иступање из нечега затвореног, а не на преступање одређених норми, што је поједине доводило до закључка да „све ово јако показује, како у нас за кривична дела треба задржати само израз злочин и преступ“.¹⁴ Следе одредбе нацрта којима се предвиђа примена начела законитости, могућност примене блажег измењеног закона, а у вези са кривичним делом које је већ извршено, и норме којима се регулише просторно важење. Текст пројекта садржи и забрану испоручивања српских држављана, као и странаца, који су извршили неко од политичких кривичних дела.

12 Оваква класификација француског законика била је резултат постојања три различите врсте судова (чисто процедурални разлог), а не постојања разлике у суштини кривичних дела.

13 Поделу на злочине, преступе и иступе у законима и предлозима задржавају само Русија, Аустрија и Немачка, док поделу на злочине и преступе у своје законике уносе Холандија, Италија, Финска, Бугарска, Норвешка, итд.

14 Пројекат Казненог законика за Краљевину Србију, 102–103.

Казне су регулисане у другој глави нацрта под истоименим насловом. Као главне, у члану 15, предвиђене су смртна казна, робија, затвор, новчана казна и лишење звања. Споредне су: губитак грађанске части, губитак службе и забрана позива или заната, одузимање извесних предмета, полицијски надзор, протеривање и објављивање пресуде. Свакако је највише спорова од свих казни изазвала смртна. У мотивима пројекта казненог законика можемо прочитати став комисије да, независно од личног става појединца према смртној казни, првенствено треба узимати у обзир стање државе и друштва, па тек онда доносити суд о томе да ли треба задржати или не ову врсту кривичне санкције. Као државе које су укинуле смртну казну наводе се Холандија, Румунија, Италија, Сан – Марино, Португалија, Норвешка, поједини швајцарски кантони и већина америчких држава. Међу државама које су задржале ову кривичну санкцију могла се извршити подела на оне које су само формално прописивале смртну казну, док је у пракси већина њих смртну казну замењивала казном лишења слободе, и државе које су поред законске могућности вршиле и примену исте над осуђеницима. Да би се задржала смртна казна, било је неопходно да „користи које друштво има од ње претежу над свим њеним рђавим странама“. Уколико би и дошло до њеног фактичког укидања путем помиловања, „а број кривичних дела, угрожених смртном казном“ се не повећа, онда би то, по мишљењу изнетом у мотивима, само значило да „је сасвим оправдано укидање смртне казне“. Правдајући залагање за опстанак ове кривичне санкције у законодавству Краљевине Србије, Божидар Марковић упоредно наводи статистичке податке за европске државе и Србију од 1892. до 1906. године, према којима се на територији Краљевине просечно у року од једне године изрекне око педесет смртних казни а изврши 23. Као закључак наводи да: „кад се пореди статистика изречених и извршених смртних казни са овом статистиком других држава, онда јасно изилази да још није дошло време за укидање смртне казне у нас, и да она стога мора ући у будући казнени законик“. Као додатни разлози опстанка ове кривичне санкције наводе се: „неопходност да законском укидању предходи фактичко – помиловањем, изградња завода“;¹⁵ јер су оновремени били малобројни и у лошем стању, и јер је у појединим деловима Србије постојало уверење да жена не може бити осуђена на смрт и да се „услед таквог веровања жене лако решавају на извршење кривичних дела угрожених смртном казном... Са свих ових разлога смртна је казна ушла у пројекат, с тим да из бу-

15 У „Мотивима“ је наведен податак да ниједан осуђеник на 20 година није издржао дуже од 10 година управо због лоших услова у заводима за извршење кривичних санкција.

дућег казног законика буде избачена чим се покаже бескорисном и чим престану постојати разлози који су диктовали њено задржавање“. У прилог овој тврдњи иде и запажање З. Мирковића да се над женама у Књажевини и Краљевини Србији „никад није извршавала смртна казна пуцањем из пушака јер се није сматрало достојним да жене, пошто не носе оружје, буду њиме погубљене“.¹⁶

Чланови од шеснаестог до четрдесетог су регулисали извршење кривичних санкција. Смртна казна се према предвиђеном нацрту више не би извршавала јавно, већ у заводу, вешањем, јер је нечовечно „допустити да сваки гледа како се човечија крв пролива“. Следе одредбе којима се прописују појединости у вези са казном робије, затвора, условним отпустом и издвајањем осуђеника.¹⁷ Казне лишења слободе би се према овом претпројекту рачунале на месеце, године и на пуне дане. Чланом 25. одређује се поступање са осуђеницима на робији које „мора бити строже од поступања с осуђеницима на затвор“. Угледајући се на швајцарски законик, пројекат доноси новину у погледу накнаде штете. Често се дешавало да оштећени не добију ништа од досуђене накнаде, јер осуђени или нема средстава или осујећује извршење пресуде. Вођен тим разлогом, Марковић у пројекту предлаже да сам суд може досудити оштећеном целу или део новчане казне. Штос оправдава овакво становиште тиме да „се новчана казна не састоји у томе, да са њоме држава богата на рачун осуђеног, већ је њој циљ, да осуђени осети трпљење на тај начин, што му се одузима део имовине. Држава, дакле, сасвим слободно може располагати наплаћеном новчаном казном, и оправдано би било дати је целу или један део оштећеном“.¹⁸ С обзиром на то да ова кривична санкција, по мишљењу Томе Живановића, своје постојање дугује средњовековној установи композиције, предвиђено решење се може посматрати као повратак државе оној улози коју је раније имала. Композиција је првобитно представљала уговорни приватни облик правне заштите, који су закључивали чланови заједница учиниоца и жртве, при чему је накнада припадала оштећеној страни. Касније држава почиње да врши јавну правну заштиту тако што прописује композицију и стара се о наплати, а за узврат узима целу накнаду или њен део. Уколико је учинилац осуђен на дужу робију или затвор, била је предвиђена могућност да се половина његове зараде, коју остварује радећи у заводу, досуди оштећеном.

16 З. Мирковић, 158.

17 Чланом 22. предвиђено је издвајање следећих осуђеника: жена, малолетника, повратника и политичких криваца.

18 Пројекат Казног законика за Краљевину Србију, 145.

Посебно је занимљив институт полицијског надзора, за који Михаило Чубински каже да „има својих великих мана и изазива низ оправданих приговора у науци, нарочито ако се широко примењује“.¹⁹ Сudeћи по тексту нацрта, управо је предвиђена „широка примена“ у вези са кривичним делима крађе, разбојништва, хајдуковања и прикривања. Полицијски надзор би се састојао у томе што се осуђени не би смео удаљавати из места у коме живи без дозволе надлежног органа, током ноћи би морао бити у свом „обиталишту“ или ноћити на „нарочито одређеном месту“, и стан осуђеника би могао бити претресан у свако доба дана и ноћи. Једина новина у односу на Казнени законик из 1860. године огледала се у чињеници да суд није изрицао полицијски надзор учиниоцу кривичног дела паљевине. Највише се приговара овој врсти споредне казне лишења слободе упућивало јер је она онемогућавала осуђено лице да се врати „нормалном грађанском животу“.

У правној теорији XIX века вођене су расправе око самог назива кривичног права. У већини европских држава тога времена кривичноправне норме кодификоване су у законцима који су насловљени као „казнени“, тиме потврђујући да је централно питање правног уређивања заправо казна. Међутим, развојем правне науке и појавом других кривичних санкција обесмишљава се коришћење речи „казнено“, за означавање ове гране права, а за централни појам узима се кривица. Наш законик из 1860. године поред назива „казнени“ и својом садржином сведочи да је казна основна асоцијација на правне норме које садржи. Иако законодавац прави разлику између умишљаја и нехата, као облика кривичне одговорности, он их ипак не дефинише, чиме се крши начело законитости. Ово начело се састоји из четири сегмента: забране ретроактивности, искључења примене обичајних норми, забране примене аналогije и одређености, јер је потребно да „кривичноправне норме у што је могуће вишем степену буду одређене и прецизне“.²⁰ Управо како би отклонили те недостатке, творци законског нацрта у трећој глави прецизно су одредили шта се подразумева под умишљајем и нехатом. Дефинишући појам умишљаја, комисија се двоумила између теорије воље и теорије представе,²¹ усвојивши прву, према којој се „суштина умишљаја састоји у вољи управљеној на извршење кривичног дела т.ј. на

19 М. Чубински, *Научни и практични коментар*, 9.

20 Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду – Правна књига, Београд 2013, 24.

21 Код теорије представе или предвиђања „се суштина умишљаја не састоји у хoтењу последице (односно у вољи управљеној на остварење свих обележја кривичног дела) већ у представи, предвиђању последица, односно свих обележја

остварење свих његових обележја... умишљај значи знање и хотење свих обележја једног кривичног дела“.²² Поред директног, прописан је и евентуални умишљај, који је веома значајан у погледу повлачења јасне границе између умишљаја и свесног нехата. Сам израз „умишљај“ се по први пут уводи у наше кривично право. До тада су за појам *dolusa*-а коришћени разни термини попут „хотично“, „знајући“ или „намерно“. Још једна новина коју доноси нацрт односи се на одређивање појма правне заблуде, поред стварне, која је већ била дефинисана тада важећим законом. Следе одредбе о неурачунљивости и смањеној урачунљивости, малолетницима (уз прављење разлике између млађег малолетника, малолетника, пунолетног лица и млађег пунолетника), стању нужде и нужној одбрани.

Кажњивост покушаја је предвиђена главом IV само у случају ако то закон изричито прописује, што је касније изазвало мноштво критика осталих чланова уже комисије. Припремне радње чланом 55. се одређују као некажњиве. У петој глави се уређује питање подстрекавања и помагања, а у шестој одмеравање казне. Марковић је предвидео да се приликом одмеравања казне води рачуна о степену кривичне одговорности учиниоца, али и о околностима, попут злочиначке наклоности, побуда, циља извршења, подстрека и личних и економских прилика, што је свакако могло битно утицати на то да казна буде већа или мања. Поврат је посебно регулисан чланом 62. и представља општи основ поштрења казне. За ово решење чланови одбора су се определили сматрајући да би изузимање појединих кривичних дела, код којих би било предвиђено поштравање казне, било неправично и контрапродуктивно. Тадашњи законик, као и већина европских, прописивао је строже казне у случају једнородних кривичних дела, код којих је учинилац вођен „једнаким побудама“. Нацртом су изједначене ове две врсте поврата, уз напомену да ће се оштрија казна увек изрећи код једнородног, а ако се ради о неједнородном поврату, суду је дата слобода да оцени да ли и колико тежу казну треба изрећи. Повратник се одређује као лице које умишљајно изврши кривично дело и буде осуђено на робију или затвор, „па за пет година од дана, када је ту казну сасвим или делимично издржао, опет учини какав умишљен злочин... казниће се строже него да је то први пут учинио“. Значај прецизирања и појачаног санкционисања поврата, као и задржавања смртне казне, комисија у „мотивима“ оправдава статистиком европских држава која је указивала на то да су се као учиниоци кривичних дела углавном појављивала иста лица.

кривичног дела“. Ова разлика је чисто теоријске природе, што наводе и сами чланови уже комисије, те је „без значаја“.

22 Пројекат Казненог законика за Краљевину Србију, 151.

Разлог поновног извршења могао се тражити у чињеници да изречена и „потпуно или делимично издржана“ казна није остварила функцију специјалне превенције. Повратника би тада карактерисао већи степен кривичне одговорности, који би следствено повлачио изрицање строже казне. И ондашњи Казнени законик је прописивао санкционисање поврата, али је број учинилаца који су понављали кривична дела непрестано растао. Узрок томе није било лоше законско решење, већ заводи са нечовечним условима издржавања казне и неиздвajaње повратника од осталих осуђеника. Заводи су тиме постепено добијали обриси „школа за образовање злочинаца“. Законик из 1860. године је, за разлику од пројекта, предвиђао изрицање поопштрене санкције чак и када је лицу изречена само новчана или нека друга казна која није потпуно или делимично издржана.

Своје оправдање казна налази у три теорије: апсолутној, релативној и мешовитој. Прва казну дефинише као враћање зла за учињено зло, чиме је она сама себи циљ, релативна инсистира на специјалној и генералној превенцији, а мешовитом се заузима компромисна позиција између ове две. Да је на снази остало решење из 1860. године, одмах након изрицања казне постојала би могућност строжег кажњавања повратника, чиме би била обесмишљена сврха самог кажњавања. Нацртом је суду дата слобода приликом одмеравања казне. Прелазак максимума прописане казне ипак није неограничен. По нацрту суд може „изрећи највише двоструку угрожену казну, али ни тада не може се прећи двадесет година робије ни пет година затвора“.

Седма глава садржи одредбе о стицају, док осма глава регулише условну осуду (чланови 74. и 73.) тако што „код осуда на затвор до једне године или новчану казну суд може наредити под нарочитим олакшавним околностима, истом образложеном пресудом, да се извршење досуђене казне одложи за извесно време“. Суд би том приликом узимао у обзир доба старости осуђеног, ранији живот и владање, незнатност извршеног кривичног дела, потпуно и искрено признање, и обештећење трошкова које је оштећени претрпео, а осуђени му надокнадио или се изричито изјаснио да ће то учинити. Судија би био дужан да након читања пресуде „којом је наређено одлагање извршења казне“ осуђеном објасни одредбе и „опомене га на озбиљност дужности које за њега из њих проистичу“.

Одредбе о застарелости: рокови, застој, прекид, релативна и апсолутна застарелост и правила застарелости кривичног гоњења и извршења кривичних санкција прописане су десетом главом претпројекта казненог законика.

Преостале две главе општег дела нацрта садрже одредбе о приватној тужби и повраћају права, то јест о рехабилитацији. Пројектом се предлаже рок од шест месеци „од сазнања да је извршено кривично дело или ко је учинилац“ за подношење приватне тужбе (ако је прописано да се истрага или суђење спроводе по приватној тужби). Даље се нормама пројекта одређује ко може бити подносилац тужбе и рокови одустанка од исте. Свим лицима која су осуђена на губитак грађанске части, државне или друге службе и забрану вршења пози-ва или заната чланови комисије су у нацрту дали су могућност повраћаја изгубљених права, наводећи да је рехабилитација „потребна, јер се њоме даје могућност бољим елементима, да постану корисни чланови друштва, и што она служи као подстрек за поправљање“.²³ Разлози којима се оправдава ова установа су идентични онима који се наводе и код условне осуде. *Restitutio in integrum* обично се прописивала у процесним законима, али угледајући се на италијански, норвешки, швајцарски и друге законике, комисија овај институт уноси у нацрт казненог законика. Услов повраћаја јесте да је од дана када је казна издржана, застарела или опроштена, протекло пет година код робије, односно три код затвора уз добро владање и накнаду штете према могућностима осуђеног. За разлику од законика, пројектом није био прописан временски период током кога лице „мора живети у Србији“, како би дошло до повраћаја права. Суд би приликом доношења одлуке, по оцени комисије, свакако могао узети у обзир и те чињенице. Сам текст претпројекта у себи не садржи могућност повраћаја права актом помиловања, али у „мотивима“ стоји да се то подразумевло као опција „која стоји на располагању шефу државе“. Суд би о рехабилитацији одлучивао нарочитом одлуком, при чему, уколико би се одлучивало о повраћају права вршења одређене државне службе, то не би значило аутоматско враћање лица на посао, већ само могућност поновног запослења у датој служби.

Посебни део се састоји од два одељка. Први садржи каталог кривичних дела злочина,²⁴ а други преступа.²⁵ Одељци су подељени на

23 Пројекат Казненог законика за Краљевину Србију, 284.

24 У оквиру одељка „злочини“ су кривична дела против: опстанка и основног уређења државе, државне власти и државних чиновника и службеника, јавног мира, правосуђа, живота и тела, опште сигурности људи и имовине, сигурности јавног саобраћаја за људе, имовину и вести, општег здравља, личне слободе, личне правне сигурности, части, наравствености, брака и породице и против имовине. Такође овим одељком се прописују злочини: свештеника у службеној дужности, чиновника у службеној дужности, због лажних исправа и мера и злочини због лажног новца.

25 Други одељак регулише следеће преступе против: државне сигурности, општег мира и поретка, државних власти и њених наредаба, против лица, јавног

главе (први одељак од XII до XXX главе, а други од XXX до XXXIV). Узимајући за пример „Казнителни (криминални) законик за Књажество Србију“, чији посебни део започиње кривичним делима против „отечества, владатеља и устава“ (глава IX), и пројекат казненог законика на прво место позиционира групу кривичних дела против опстанка и основног уређења државе, потврђујући на тај начин „њихову несумњиво велику важност у државном животу“.

Текст „Пројекта и мотива Казненог законика за Краљевину Србију“ је заједнички прочитан на једној од седница „посебне комисије“ и том приликом је коначна верзија утврђена. Међутим, поједини чланови посебне комисије су приложили издвојена мишљења, која су обједињена са претходно дефинисаним текстом. Реферате су предали Марко Ђуричић, Милутин Миљковић и Душан Суботић. Они критичкој анализи подвргавају ставове Божићара Марковића, који је био задужен за израду општег дела кривичног законика и „мотива“, уз одређене предлоге измена и допуна.

Имајући пред собом издвојена мишљења чланова „посебне/уже комисије“, шира комисија је током 1911. године заседала и указала на одређене недостатке нацрта закона, али критике Ђуричића, Миљковића и Суботића није у већој мери прихватила и унела у нови текст пројекта. Ово је свакако последица чињенице да су се они у својим радовима првенствено бавили одредбама општег дела, док је шира комисија извршила најобимније интервенције у посебном делу. То потврђује и Тома Живановић, који је и сам био њен члан, у делу „Основи Кривичног права – општи део“ из 1922. године, где наводи да је „ова комисија учинила знатне измене и допуне у пројекту, нарочито у посебном делу истог“.²⁶ Озбиљније модификације у општем делу претрпела је трећа глава увођењем кривичног дела и „кривца у законски систем са свим консеквенцама“ (добила је и нов назив: „Кривично дело и учинилац“), а значајан помак у односу на пројекат из 1910. године представља и „потпуно увођење“ мера безбедности, сагласно сугестијама Милутина Миљковића, у II главу под насловом „Казне и мере безбедности“. Имајући у виду све интервенције шире комисије, Живановић закључује да је законски текст из 1929. године „израђен на подлози српског пројекта из 1911. (не 1910)“.²⁷ Упркос

здравља, наравствености, против имовине и преступи у односима између гоподара и слугу.

26 Т. Живановић, *Основи Кривичног права*, 48.

27 Т. Живановић, *Основи Кривичног права Краљевине Југославије*, општи део, 91 – 92. Једина крупнија системска разлика законика из 1929. године у односу на пројекат из 1911. огледа се у редоследу глава. Закон прво доноси одредбе о кривичном делу и учиниоцу, а у засебној IV глави се прописују мере безбедности

свим напорима да се овако израђен законик што пре усвоји, наступајући балкански ратови, а након њих и Први светски рат, онемогућили су његово доношење.

3. РАЗГРАНИЧЕЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ МИНИСТАРСТАВА И ПРВИ КОРАЦИ КА ИЗЈЕДНАЧЕЊУ ЗАКОНОДАВСТВА

У време провизоријума, дакле од оснивања „Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца“ 1. децембра 1918. године, па све до доношења Видовданског устава 1921. године, постојала је изразита доминација извршних органа власти. Поред краља, и влада је имала запажену улогу, али је њен утицај регент Александар Карађорђевић у самом старту ограничио одлуком да, упркос међустраничком споразуму, за мандатара одреди Стојана Протића. Легислативну власт обављало је „Привремено народно представништво“ чији чланови, посебно они са територије поражене Аустро-Угарске, нису били непосредно бирани, већ су постављени од стране Министарског савета. Тиме је скоро сва власт била сконцентрисана у рукама наследника престола, упркос формално важећој подели власти. Поред председника Протића, Антона Корошеца као потпредседника, нови Министарски савет сачињавало је и деветнаест министарстава.²⁸ Код „Министарства правде“ и „Министарства припреме за Уставотворну скупштину и изједначење закона“ постојала је делимична испреплетаност надлежности.

(чл. од 50. до 60.) Многи чланови касније комисије, која је радила на унификацији кривичног права новооснованог Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца, у својим научним радовима (попут проф. др Михаила Чубинског у свом делу „Научни и практични коментари Кривичног законика Краљевине Југославије“) често се позивају на „Пројекат и мотиве Казненог законика за Краљевину Србију“ из 1910. године, каснији нацрт из 1911, али и на издвојена мишљења чланова уже комисије. Све ово несумњиво говори о фундаменталном значају који су имали ови пројекти и елаборати приликом израде новог нацрта из 1922. Године, али и коначног текста „Кривичног законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца“ из 1929.

- 28 Већ помињани међустранички споразум око састављања првог послератног Министарског савета је предвиђао да мандатар буде лидер Народне радикалне странке Никола Пашић. Он је вршећи ту функцију у најтурбулентнијим ратним годинама дао несумњиви допринос коначном ослобођењу. Међутим, позицију председника Владе, одлуком регента, Пашић замењује учешћем у Париској мировној конференцији као делегат „Државе СХС“. Краљевина је тако именована у документима која су на конференцији донета. Назив државе се касније прецизира одлуком Привременог народног представништва од 15. јула 1919. године, а коначан назив Краљевине одређен је Видовданским уставом.

Потешкоће настале услед недовољно јасног разграничења ингенција ова два ресора и правног партикуларизма, министар правде Марко Трифковић покушао је да превазиђе доношењем Решења бр. 12487²⁹ од 1. августа 1919. године. Сматрајући да се уставом, као највишим правним актом, само оквирно уређују односи политичких институција једне државе, он запажа да упркос формирању Министарства припреме за Уставотворну скупштину и изједначење закона „није престала функција Министарства правде, које је једино стручно и позвано да се стара о изради закона, који су ван компетенције централног државног устројства“. Однос ова два самостална државна органа управе посматрао је као однос општег и посебног, те стога наводи „да за овај специјални посао није надлежно Министарство за израду Устава и изједначење закона, већ ово Министарство у чији ресор израда и примена ових закона спада“. С обзиром на то да се у различитим покрајинама нове државе вршила примена српског, угарског, аустријског³⁰ и Казненог законика Књажевине Црне Горе, „настала је потреба да се то законодавство које је у основи својој слично, али ипак толико разнолико да једнообразна примена није могућа, што пре претвори у јединствено законодавство за целу Краљевину, како би се на тај начин омогућило лакше састављање једнообразних судова и примена јединственог законодавства, које ће гарантовати једнаку правду за све грађане“. Интерес „јединственог Краљевства“ огледао се у потреби формирања „јединственог законодавства“. Угледајући се на пример израде пројекта из 1910. године, када је такође обављао функцију министра правде, Трифковић и сада решењем формира „једну нарочиту комисију“ којој даје „потпуну слободу у раду“ уз обавезу: задржавања свих погодних правних института покрајинских законодавстава, преузимања нових установа страних законика и уважавања ставова науке кривичног права. Очито је имао на уму да би се оваквим поступањем комисије постигла толико тражена темељност у раду на садржини пројекта, чиме би се правни поредак новоформиране државе учврстио и учинио одрживим. Трифковић члановима комисије није ускратио право да успостављају „личне везе са признатим правницима“, који нису били у њеном саставу, али и са правним удружењима

29 Решење (12487) министра правде од 1.8.1919. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1919; Број фасцикле 37.

30 Аустријски казнени законик је примењиван на територији Босанско-херцеговачког, Хрватско-славонског и Словеначко-далматинског правног подручја. У свим овим покрајинама законик је прилагођаван специфичностима друштвених односа тих крајева, тако да није важио у изворном и истоветном тексту.

ма. Решењем су именовани следећи чланови комисије: Михаило П. Јовановић, Марко С. Ђуричић, Милутин Миљковић и Душан М. Суботић. Задатак израде пројеката Кривичног законика, Закона о кривичном поступку, посебног општег акта о иступима и пратећих прописа требало је обавити „у најкраћем року“. По окончању израде нацрта било је у плану формирање шире комисије, коју би чинила лица „из других покрајина наше Отаџбине и из других струка“. Ужа и шира комисија би напослетку биле обједињене и тада би требало да утврде дефинитиван текст нацрта. Министар Трифковић је доношењем овог решења учинио први корак у дуготрајном поступку унификације кривичног права.

Намера успостављања „јединственог законодавства“ новоосноване државе захтевала је и организациону адаптацију свих самосталних државних органа управе, па и ресора правде. С тим у вези ће нови министар правде, Коста Тимотијевић, уредбом³¹ од 14. децембра 1919. године, прецизирати ингеренције и уређење Министарства, чиме се постиже коначна дистинкција у односу на Министарство припреме за Уставотворну скупштину и изједначење закона. Општим одредбама, системом енумерације, било је одређено да Министарство правде: врши „врховно управљање“ административним пословима судова и свим осталим установама које су њему подређене, стара се да судови и тужилаштва обављају све законом прописане обавезе, води рачуна да закони из његове компетенције „одговарају времену и потребама народа“, припрема измене, допуне и нове законске пројекте у свом ресору, прописује правила којима олакшава функционисање завода, бави се економским питањима судова и завода и накнадом штете „причињене ратом“. Путем генералне клаузуле министар је (у члану 1. ставу 4.) предвидео да „осим тога, Министарство правде врши и све оне послове који би му другим којим законом или уредбом били стављени у дужност, као и оне послове, који одговарају природи поверене му гране државне управе“. Чланом 4. извршена је подела Министарства на следећа одељења: 1. Одељење административно; 2. Одељење за израду законских пројеката; 3. Одељење за казнене заводе и рачуноводство; и 4. Одељење за накнаду штете причињене ратом. У наставку уредбе биле су прописане обавезе административног, али и одељења за израду законских пројеката, које је „старајући се да закони судске струке одговарају времену и потребама земље:“ водило рачуна о одступањима од дотадашње праксе Касационих судова, проучавало „нејасне“ и „незгодне“

31 Уредба о уређењу Министарства правде, *Службене новине Краљевства Срба, Хрватиа и Словенаца*, број 168 од 23. децембра, уторак, 1919, 2–3.

законске одредбе и давало министру мишљење „како да се исправе и у опште“ давало „мишљење по појединим правним питањима“, проучавало законска решења других „напредних“ држава, старало се о прецизном штампању свих зборника закона и уредаба, водило бригу о излажењу „једног правног часописа“ за службене потребе, и водило „судску статистику“ и уређивало библиотеку Министарства. Одељење за израду законских пројеката, као кључно за израду Кривичног законика, имало је обавезу да сарађује и одржава „што тешњу пословну везу и споразумевање са Министарством припреме за Уставотворну скупштину и изједначење закона, до свршетка тих питања“. На његовом челу налазио се начелник са „потребним бројем“ секретара, уз могућност ангажовања додатног особља. Зарад усаглашавања законских пројеката и унапређења постојећег законодавства формиран је, уз горе поменуто одељење, и „Стални Законодавни Савет“³² са циљем: израде пројеката закона и уредби зарад унификације права Краљевства, израде и прегледа пројеката из ресора других министарстава и рада на пројектима измене и допуне тада важећих законодавстава. У свом саставу он је имао сталне, почасне и привремене чланове. Стални Законодавни Савет је чланом 14. „Уредбе о уређењу министарства правде“ био подељен на три одсека и то: 1. приватно-правни; 2. кривично-правни; и 3. јавно-правни. Преостале одредбе Уредбе су регулисале састав и надлежности одељења за казнене заводе и рачуноводство и одељења за накнаду штете причињене ратом. Савет је коначно формиран током 1920. године.

У складу са горе наведеним надлежностима, а на захтев министра, начелник Одељења за израду законских пројеката извршио је контролу рада уже комисије, основане 1919. године са задатком унификације кривичноправних норми, и оценио да она „није ништа радила на том послу“.³³ Ове провере обављене су током јула месеца

32 У оквиру Сталног Законодавног Савета чланом 16. ставом 1. и 2. предвиђено је формирање „једног ужег одбора“. Министар правде из редова сталних чланова одсека Савета бира три представника који улазе у ужи одбор. Начелник Одељења за израду законских пројеката такође улази у његов састав. До корекције уређења Министарства правде долази 1929. године новом Уредбом (*Службене новине Краљевине Срба, Хрватша и Словенаца*, број 122 од 27. маја. 1929. године – Уредба је донета након обнародовања Кривичног законика (27.1.1929. године) али пре његовог ступања на снагу (30.1.1930. године)) од стране министра Милана Сршкића. Једина значајнија измена огледала се у преименовању Сталног Законодавног Савета у „Врховни законодавни Савет“.

33 Допис министра правде Министарству финансија – ради се о документу бр. 22810 од 23. јула 1920. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1920; Број фасцикле 37.

1920. године, а пре тога, још током јуна месеца, чланови кривично-правног одсека Сталног Законодавног Савета одржали су седницу на којој су се првенствено бавили питањем потребе „унификације нашег кривичног законодавства“. О резултатима тога састанка министра је дописом известио члан „ужег одбора“, проф. Тома Живановић. Уз обавештење је предат и предлог одсека „о решењу овог питања“. Њиме се препоручивало изједначење кривичноправних норми на територији целе државе доношењем јединственог кривичног законика и закона о кривичном поступку. Кривично-правни одсек је заузео став да „како била будућим Уставом уређена наша држава, на основи централистичкој или децентралистичкој, она треба да има једно једино приватно и кривично законодавство“. У прилог таквом ставу навели су пример Швајцарске, у којој се упркос федералистичком уређењу „већ одавно почело радити на унификацији“. Појаву разноликости закона на територији једне државе они су посматрали као аномалију коју је требало што пре решити. Поред овог формално-правног разлога унификације, навели су и материјално-правни. Наиме, своје оправдање правни партикуларизам могао је наћи само у егзистенцији различитих потреба становништва, али с обзиром на то да је на територији Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца живео „један једини народ“ који је имао „углавном истоветне“ потребе, његово постојање је обесмишљено (по њима, правна подељеност доводи до нарушавања „природног јединства њеног становништва“). У погледу начина на који би се постављени циљ остварио, презентовали су две могућности. Прва је подразумевала израду нових закона, али имајући у виду негативна искуства држава које су се упустиле у овакав подухват (рад одбора је трајао исувише дуго – мисли се на Немачку и Швајцарску) сугерисали су другу опцију. Њоме се препоручивало проширење „на целу територију којег од постојећих покрајинских Кривичних законика и Кривичних Поступака са евентуалним изменама и допунама“. Свакако су у оквиру одсека постојала и мишљења да је требало наставити рад на елиминацији правне разноликости ослањајући се на текст пројекта из 1910. године, и његових корекција извршених од стране шире комисије током наредне године, али је већински одлучено да је тај нацрт „рађен само с обзиром на прилике у Србији“. Имајући све то у виду, кривично-правни одсек у наставку предлога оцењује као најпогоднији за проширење важења, уз измене и допуне, „Србијански“ Казнени законик и „Хрватски“ закон о кривичном поступку. Њихов квалитет стављали су у раван неких „од европских законика“. Када је реч појединачно о „Србијанском“ Казненом законик из 1860. године, сматрали су да је он „са гледишта савремене кривично-правне науке савршенији од свију

Кривичних законика“, који су били важећи у покрајинама Краљевине. Код одредаба општег дела залагали су се за увођење института рехабилитације, условне осуде, опроштаја казне и мера безбедности, док у коментару на посебни део наводе да: „поред измена и допуна појединих одредаба сходно садашњим државним потребама и садашњем стању кривично-правне науке, појмови појединих кривичних дела нејасно одређени имају тако да се утврде, да не дају места самовољном судијском тумачењу и да уз то буду разумљиви и маси народној“. Такође су и у погледу „Хрватског“ закона о кривичном поступку предложили одређене корекције.

Размотривши допис Живановића са предлогом одсека и извештајем начелника Одељења за израду законских пројеката, министар правде Марко Трифковић, доноси ново Решење бр. 27654, од 30. јула. 1920. године којим је одлучио да, уместо раније основане уже комисије, сада „кривично-правни одсек Сталног Законодавног Савета изради заједнички казнени законик и закон о казненем судском поступку“. Упркос сугестијама уже комисије, министар је заузео став да у погледу материјалног права за основу треба узети „Пројекат и мотиве Казненог законика за Краљевину Србију“, ³⁴ а код процесног права, сагласно горе изложеном предлогу, нови закон се морао ослањати на „Хрватски законик о кривично-судском поступку“. За чланове кривично-правног одсека Сталног Законодавног Савета ³⁵ одређени су: Марко С. Ђуричић, ³⁶ бивши председник Државног Савета и адвокат, Михаило П. Јовановић, председник Касационог суда у Београду, др Божидар Марковић, професор Универзитета у Београду, др Милутин Миљковић, професор Универзитета у Београду (+1922. године), др Душан Суботић, судија Касационог суда у Београду, Стефан

34 Најзаслужнији за ову одлуку јесте проф. др Михаило Чубински, који је тада био запослен у Министарству правде и оштро се успротивио могућности измене и допуне Казненог законика из 1860. године и проширењу његовог важења на територију целе државе. Како сам каже „прегледајући пројекат новог казног законика за Краљевину Србију од 1910. године, устао сам против горњег предлога комисије и изнео своје против разлоге како у правничкој штампи, тако и на седници комисије, на коју сам био позван од стране министра правде М. Трифковића, а којој је г. Трифковић и председавао. Истога дана пала је дефинитивна резолуција министрова, да за основ свога рада комисија узме пројекат српског казног законика од 1910. године“ М. Чубински, *Научни и љактични коментар*, 5–6.

35 У архивској грађи Министарства правде КЈ, која се чува у Архиву Југославије, за означавање кривично-правног одсека употребљава се израз комисија или уже комисија. Сходно томе дати синоними ће бити коришћени у даљем тексту.

36 Функцију председника одсека је обављао Марко Ђуричић, али након његовог избора за министра правде, ту позицију преузима Михаило Јовановић. Упркос томе, Ђуричић је наставио да председава седницама.

(Стипа) Посиловић, бивши председник Стола Седморице из Загреба, др Никола Огорелица, председник Стола Седморице из Загреба, др Јосип Шиловић, професор Универзитета у Загребу, др Метод Доленц, професор Универзитета у Љубљани и др Тома Живановић, професор Универзитета у Београду.³⁷ Истим решењем (27654) којим је посао израде кривичног законодавства поверен одсеку, донета је одлука да се за „ванредног члана“ њему придода др Михаило Чубински, професор из Петрограда, при чему би он примао стални месечни хонорар, за разлику од осталих чланова комисије. Касније, током 1921. године, новом одлуком³⁸ министра правде одређено је да Чубински „има да сарађује и на пројекту“ Законика о кривично-судском поступку.

Прва седница ове уже комисије, након коначног конституисања, одржана је 28. септембра 1920. године. Кривично-правни одсек је свакако том приликом примио к знању обавезу израде законика, где ће „за базу служити пројекат за Краљевину Србију“, али је уједно исказано неслагање ове комисије са представом да ће се рад на изради законика свести на „просто преписивање и дотеривање“. Све је то пропраћено и упозорењем да ће рад на нацрту „трајати нешто дуже него што на први поглед изгледа“. У организационом смислу предložили су да „с обзиром на природу посла као и на начин, на који се он свуда ради“ прву основу или претпројекат израде чланови одсека из Београда и то: Чубински и Живановић општи део, а Ђуричић, Јовановић и Суботић посебни део. Преостали чланови, Марковић и Огорелица, радили би на закону о кривичном поступку. Свакако да би након завршетка израде претпројекта од стране чланова комисије из Београда, коначној редакцији текста приступили и чланови који живе ван престонице, према сугерисаном плану одсека.³⁹ Реагујући на овај допис уже комисије, министар Марко Трифковић је одлуком од 8. децембра 1920. године изразио своје неслагање са изложеним планом и

37 Т. Живановић, *Основи Кривичног права Краљевине Југославије*, општи део, 92 – фуснота, М. Чубински, *Научни и практични коментар*, 7; Пројекат Казненог законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, Службено издање Министарства правде, Државна штампарија Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Београд 1922, 83. и *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1921; Број фасцикле 37, Записник са седнице кривично-правног одсека из 1921. године.

38 Ради се о Решењу министра правде (29412) од 22. јуна 1921. године – *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1921; Број фасцикле 37.

39 Допис чланова кривично-правног одсека Министарству правде од 1. октобра 1920. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1920; Број фасцикле 37.

поделом рада, инсистирајући на томе да у изради, али и у одређивању поступка рада, учествују и чланови из Љубљане и Загреба. С тим у вези налаже одсеку да „одмах позове“ Стефана (Стипа) Посиловића, др Јосипа Шиловића и др Метода Доланца. Целисходност овакве позиције он оправдава чињеницом да су именована лица „својим знањем и искуством“ могла допринети квалитету текста закона, али и „политичким моментом“ о коме се „приликом израде овог посла“ требало посебно водити рачуна. Зарад конкретизације зацртаног циља, Трифковић упућује захтев Министарству финансија да се одобри „нарочити потребан кредит за хонорисање г.г. чланова одсека“. У образложењу истог наводи да би овај кредит био неопходан „за брже извршење овога посла који спада у најпрешније послове, које уређење наше државе захтева, и који се не сме одуговлачити и успоравати“. Министарски савет је већ наредног дана одобрио „тражени кредит из специјалног кредита“⁴⁰ за трошкове рада комисије, чиме су остварене све претпоставке за несметано функционисање кривично-правног одсека.

Почевши од методологије рада усвојене приликом израде нацрта из 1910. године, преко одлуке о унификацији кривичноправних норми новостворене државе из 1919. године, министар Трифковић је увек инсистирао да се планирани посао обави у две фазе. Прво би чланови „уже комисије“ израдили претпројекат, који би био послат на изјашњење, не само лицима из правне струке, већ и свим појединцима и удружењима чије мишљење може бити релевантно. Друга фаза би подразумевала одржавање заједничке седнице чланова „уже“ и „шире комисије“. На њој би се утврдио коначан текст, узимајући у обзир све сугестије и примедбе чланова комисија, али и лица која су позвана да се изјасне. Будући да је посао унификације већ био поверио кривично-правном одсеку, министар је на трагу својих ранијих

40 Одлука министра правде поводом дописа чланова одсека од 8.12.1920. године, захтев за одобрење кредита Министарству финансија и обавештење о одлуци Министарског савета од 9.12.1920. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1920; Број фасцикле 37. Одобрени кредит износио је 250 000 динара. Решењем од 15.12.1920. године предвиђена је расподела средстава и то тако што је свим члановима одсека, сем проф. Чубинском, у први мах била извршена исплата 4000 динара, уз плаћање трошкова превоза и смештаја за чланове ван Београда. Након завршеног посла Решењем (65535) од 28.12.1921. је спроведена исплата од 4000 динара, да би коначно на основу Решења од 10. маја 1922. године свим редовним члановима било исплаћено по 8000 динара. Поред редовне месечне накнаде, проф. Михаилу Чубинском, је одлуком од 28.12.1921. године исплаћено додатних 2000 динара. Решењем (2181) од 3.1.1922. године продужена је исплата хонорара Чубинском, као ванредном члану Сталног Законодавног Савета, све до коначног окончања посла, т.ј. све до утврђивања дефинитивног текста на заједничкој седници „уже и шире комисије“.

одлука, Решењем бр. 50253⁴¹ од 18. децембра 1920. године позвао Универзитете у Љубљани, Београду и Загребу, али и судове из Хрватске, „Словеначке“ и Далмације (Стол Седморице у Загребу), Босне и Херцеговине (Врховни суд у Сарајеву), Црне Горе (Велики суд у Подгорици) и Војводине (Касациони суд у Новом Саду) да именују по једног професора, судију и адвоката за чланове „шире комисије“.

Прва седница одсека, на коју су позвани и чланови из Љубљане и Загреба, заказана је за 17. јануар 1921. године.⁴² Састанку су присуствовали сви чланови комисије, као и ванредни члан, проф. Чубински. Расправљало се о креирању плана рада којим би се ова ужа комисија руководила приликом израде законских пројеката, а све сагласно ранијим инструкцијама министра. На предлог др Јосипа Шиловића једногласно је одлучено да на пројекту раде чланови комисије из Београда. Према утврђеној систематизацији посла за кривични законик су задужени Ђуричић, Јовановић, Суботић, Живановић и Чубински, а за Закон о кривично-судском поступку Марковић и Огорелица. Проф. Тома Живановић и проф. Михаило Чубински писали су одредбе општег дела „Казненог законика“. Свој допринос давали су и чланови из Љубљане и Загреба тако што су се последња три дана сваког месеца састајали са осталим члановима „ради претреса израђених делова пројекта“, а све то „због нужности, да се редактори често састају у циљу измене мисли и довођења у склад својих посебних радова“.⁴³

41 Одмах након упућеног позива судови и Универзитети су почели са одређивањем чланова шире комисије. Тако су изабрани од: Касационог Суда у Новом Саду судија Александар Димшић и адвокат Милош Бокшан, Универзитета у Загребу др Ернест Милер (одлука од 7. фебруара 1921. године), Великог суда у Подгорици судија Сава Фотић и адвокат Гаврило Церовић из Никшића, Универзитета у Београду професор Чедомиљ Митровић, Врховног суда у Сарајеву судија Отмар Вајмерт и адвокат Иван Павловић, Стола Седморице из Загреба адвокат Иван Булић из Сплита итд. Министар правде Решењем (10943) од 12. марта 1921. године обавештава све чланове шире комисије, које су изабрали судови и Универзитети, да ће их „у своје време извештавати“ о даљим корацима. *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1921; Број фасцикле 37.

42 Последњом одлуком у 1920. години (Решење 53905 од 31. децембра) обавештени су и чланови одсека ван Београда да ће се седница одржати „17. јануара 1921. године, у 9 часова, пре подне, у згради Топличин Венац 21“ у Београду. Основни задатак чланова на овом састанку био би, сагласно одлукама од 30. јула и 8. децембра, одређивање начина израде Кривичног законика, Закона о кривичном поступку, Закона о пороти и споредног кривичног законодавства. *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1920; Број фасцикле 37.

43 Извештај кривично-правног одсека од 17. јануара 1921. године – садржи и одлуку о расподели одређених средстава, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1921; Број фасцикле 37.

Након ове седнице су, према утврђеној процедури, одржане крајем фебруара, марта и априла у Београду. Том приликом је одсек „претресао началнија питања“. Априлски састанак трајао је све до 3. маја, када је и одлучено, јер је „општи део био готов за претрес“, да се наредна седница одржи у Загребу. Извештавајући министра о резултатима мајског састанка (од 23. до 28. маја) одсек наводи да је завршио израду Закона о кривично-судском поступку, али и општег дела Кривичног законика. Том приликом је такође одлучено да се следећи сусрет чланова кривично-правног одсека одржи у Љубљани, почевши од 7. јула. Настављајући рад на унификацији кривичноправних прописа, један од чланова комисије који је био задужен за израду посебног дела кривичног законика, Душан Суботић, обавестио је надлежног министра да је њему поверен посао завршио 16. септембра 1921. године.⁴⁴ У вези с тим министар наредну седницу заказује за 24. октобар 1921. године.⁴⁵ С обзиром на то да су у међувремену и преостала два члана одсека, Јовановић и Ђуричић, завршила своје предлоге посебног дела пројекта, последњи састанак кривично-правног одсека заказан је за 10. децембар.⁴⁶ У својству председника одсека Михаило Јовановић, по окончању ове седнице, известио је министра Марка Ђуричића да је комисија „више од годину дана неуморно и са најбољим знањем радила на повереном задатку“, мислећи на израду „пројекта Казненог законика и Законика о кривично-судском поступку, заједно са законом о пороти и споредним законима“, те закључује да је одсек „завршио свој посао, наиме израдио је пројекат Казненог законика, као и Законика о кривичном поступку са пројектом Закона о пороти“. Уз овај допис достављен је и примерак Законика ради умножавања „да би министар по већ донесеној одлуци својој могао по један примерак доставити и другим стручним лицима на

44 Допис Душана Суботића Министарству правде од 16. септембра 1921. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1921; Број фасцикле 37. Проф. др Михаило Чубински је свој предлог општег дела Кривичног законика предао проф. Милутину Миљковићу 16. маја 1921. године, и о њему се расправљало на седници у Загребу (заказана Решењем (22171) од 13.5.1921. године).

45 Решење (45071) од 7. октобра 1921. године. Седница трајала од 24. до 29. октобра, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1921; Број фасцикле 37.

46 Решење (55058) од 15. новембра 1921. године. Седница трајала од 10. до 17. децембра, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1921; Број фасцикле 37.

увид и мишљење“.⁴⁷ Чланови комисије су на истој седници једногласно одлучили да Суботић изврши стилизацију и параграфисање законског текста, што је он убрзо учинио, обавестивши Ђуричића да је тиме „комисија свршила дефинитивно свој посао на изради пројекта“.⁴⁸ Посебан проблем у вези са горе набројаним седницама представља чињеница да приликом њиховог одржавања нису вођени детаљни транскрипти. О томе сведочи и др Чубински који каже „да се нису водиле стенографске белешке оних дискусија, које су се водиле у седницама за време претреса текста пројекта.“⁴⁹ Сачувано је у архивској грађи свега неколико извештаја и само један записник.⁵⁰

4. ПРОЈЕКАТ КАЗНЕНОГ ЗАКОНИКА ЗА КРАЉЕВИНУ СРБА, ХРВАТА И СЛОВЕНАЦА ИЗ 1922. ГОДИНЕ

Пројекат Казненог законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца из 1922. године садржи 398 чланова распоређених у два одељка, то јест у општи⁵¹ и посебни део.⁵² Кривични законик укуп-

47 Извештај кривично-правног одсека од 17. децембра 1921. године. Министар правде Марко Ђуричић Решењем (65535) од 28.12.1921. године, потврђује пријем примерка пројекта, налаже његово „умножавање на писаћој машини“ и исплату хонорара члановима „уже комисије“, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1921; Број фасцикле 37.

48 Допис Суботића од 31. децембра 1921. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1921; Број фасцикле 37.

49 М. Чубински, *Научни и практични коментар*, 9.

50 У архивској грађи налазе се следећи извештаји: јануарски, о чијој садржини је већ било речи, фебруарски (укратко се наводе присутни чланови комисије и тражи исплата трошкова боравка у Београду и пута члановима из Љубљане и Загреба), априлски (одлучено да се наредни скуп одржи у Загребу), мајски (обавештавају да је завршена израда Кривичног законика/општи део и Закона о кривично-судском поступку), октобарски (списак присутних) и децембарски. Једини, нешто детаљнији, акт је записник из Љубљане писан на словеначком. *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1921; Број фасцикле 37.

51 Општим делом Пројекта Казненог законика обухваћене су следеће главе: Уводне одредбе; Кривично дело и учинилац; Покушај; Подстрекавање и помагање; Казне; Мере безбедности; Одмеравање казне; Кривична дела осуђеника; Стицај више казних закона и више кривичних дела; Условна осуда; Застарелост; Одобрење, предлог, приватна тужба и Повраћај права (рехабилитација).

52 Нацрт из 1922. године прописује следећа кривична дела: против опстанка државе и њеног уставног уређења; против државних власти; против јавног мира;

но обухвата тридесет и једну главу. Након што је кривично-правни одсек Сталног Законодавног Савета у децембру 1921. године утврдио овај коначни текст Законака, исти је прослеђен ресорном министарству. По пријему су предузете техничке радње које су за циљ имале спровођење ранијих одлука, првенствено оне која се односила на штампање пројекта и његову доставу стручним лицима и установама. Тако је начелник Министарства правде дописом од 31. марта 1922. године обавестио министра о пријему дефинитивног законског текста, уз молбу да се донесе решење које би омогућило „да се овај пројекат одштампа у Државној Штампарији у 800 до 1000 примерака“. Имајући у виду значај овог Законака, објављивање текста нацрта морало је бити пропраћено мотивима, али због „брзине рада“ у први мах начелник је сугерисао да се они могу „накнадно штампати, по потреби и одвојено“.⁵³ Уследило је Решење министра бр. 17840⁵⁴ да се пројекат штампа, али и накнадно измењена препорука начелника „да је потребно да се израде кратки мотиви уз њега, који би се штампали уз сам пројекат“ или ако би то „због краткоће времена“ било немогуће, онда одвојено. Оваква одлука била је заснована на процени да шири мотиви нису били потребни „зато што су такви мотиви већ израђени уз ранији пројекат“.⁵⁵ Министар усваја овај нови предлог и Решењем бр. 19170⁵⁶ од 12. априла 1922. године налаже Живановићу, Јовановићу, Ђуричићу и Суботићу израду мотива у скраћеној верзији, са ослонцем на раније коментаре. Када је реч о њиховој садржини, захтевао је да они „буду израђени концизно и да се у њима објасне главна начела на којима је пројекат рађен, које се нове интенције казненог законодавства заводе, на који су начин решена

против правосуђа; против живота и тела; против опште сигурности људи и сигурности имовине; против сигурности јавног саобраћаја за људе, имовину и вести; због лажних исправа и мера; због лажних новаца; против личне слободе; против личне сигурности; против јавног здравља; против јавног морала; против брака и породице; против части; против имовине; против службене дужности, и дела свештеника против службене дужности.

- 53 Допис начелника Министарства правде од 31. марта 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1922; Број фасцикле 37.
- 54 Решење (17840) од 31.3.1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1922; Број фасцикле 37.
- 55 Допис начелника Министарства правде од 11. априла 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1922; Број фасцикле 37.
- 56 Решење (19170) од 12.4.1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1922; Број фасцикле 37.

крупнија спорна питања у науци и према којим је страним законима пројекат рађен“. Посао на изради „краћих мотива“ је окончан 16. јуна,⁵⁷ када је Душан Суботић предао рукопис којим је обрадио XIV, XVII, XVIII и XIX главу посебног дела Законика.

Својим насловом „Кратка објашњења пројекта Казненог законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца од 1922. године“, као и садржином, више подсећају на оскудан предговор. Сходно упутствима начелника Министарства правде, али и одлуци министра, чланови одсека који су били задужени за израду ових „кратких објашњења“ схватили су свој посао као „продужење рада на пројекту Казненог Законика за Краљевину Србију“. Посао израде мотива је подељен. Живановић је био задужен за коментар општег дела законика, а Суботић, Јовановић и Ђуричић су писали објашњења посебног дела. „Историја постанка“ је резултат консензуса сва четири члана уже комисије и служила је да заинтересована јавност буде „концизно“ упозната са најбитнијим догађајима и одлукама. На самом крају овог историјског дела стоји обавештење да се опширнији мотиви могу наћи у књизи „Пројекат и мотиви Казненог законика за Краљевину Србију“. Проф. др Тома Живановић, пишући коментар на „Општи део Казненог законика“, наводи да је он резултат прераде законског нацрта из 1910. и 1911. године, али и предлога који су продукт његовог и рада др Чубинског. Упркос налозима министра, Живановић се определио да изради „нов пројекат Општег Дела“, али је он служио само као корективни фактор базичног нацрта закона за Краљевину Србију. „Кратким објашњењима“ се презентују одређене предности општег дела у односу на раније предложена решења, почевши од боље систематизације, прецизнијег и допуњеног законског текста, адекватније насловљених глава и новине у виду засебног увођења мера безбедности у правни систем државе. Иако се пројек-

57 Израда мотива за пројекат Кривичног законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца првобитно је окончана 26. маја 1922. године, али је Душан Суботић током јуна месеца захтевао да се обустави штампање пројекта, с обзиром на то да он је он требало „да изврши корекције“ оног дела мотива за које је био задужен према утврђеној подели рада. Министар правде Лазар Марковић дописом од 27. јуна 1922. године обавештава „Управу Државне Штампарије“ да је посао на изради мотива окончан. Уз допис он шаље и примерак „Кратких објашњења“ и тражи да се они „одштапају уз пројекат“. Библиотекар Министарства правде 9. септембра извештава Марковића да је тога дана примио „800 примерака Казненог Законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца“ уз молбу министру да изда „наређење коме ће се овај пројекат послати“. *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1922; Број фасцикле 37, Допис Министра правде од 27. јуна 1922. године Државној Штампарији и извештај Библиотеке министарства од 9. септембра 1922. године.

том из 1910. године одустало од трихотомије кривичних дела, чланови кривично-правног одсека су остали при њој, али сматрајући да се кривичним закоником правна заштита пружа само оним објектима које повређују или угрожавају учиниоци вршећи кривично дело злочинства или преступа. Што се тиче иступа, њихово регулисање је препуштено каснијем „засебном закоником“. У погледу кажњавања, приметна је интенција индивидуализације. То су чланови одсека постигли предвиђајући да приликом лишења слободе суд мора водити рачуна о „особености кривца“. Осуђени се, према пројекту, упућује на издржавање робије, заточења, строгог затвора или затвора. Само издржавање може бити усамљено, ћелијско, заједничко, у „одељењу за слободњаке“ или осуђени може бити условно пуштен. Истрага може бити вођена по службеној дужности, по одобрењу, по предлогу или по приватној тужби. И код новчане казне се тежи ка индивидуализацији тиме што се приликом изрицања ове кривичне санкције води рачуна „о имовном стању осуђеног“ као и о осталим животним приликама. Уведен је, дакле, принцип сразмерности. Ипак је најзначајнија новина прописивање мера безбедности. У пројекту из 1910. године само су чланови 40. и 47/50. (тичу се малолетника) индиректно предвиђали примену мера безбедности. Каснијим изменама и допунама српског претпројекта мере безбедности се прописују заједно са казнама. Сада се по први пут мере безбедности уводе у засебној глави, како се наводи у мотивима, „зарад лечења и поправке“ учиниоца. Оне се могу посматрати као „необходна допуна“ казнама и увек се изричу на месеце, године или пуне дане, сем ако је реч о неурачунљивом или смањено урачунљивом лицу, када може доћи до неограниченог задржавања. Живановић је у мотивима посебно упозорио државне власти да не злоупотребљавају ову одредбу, јер ако се ради о неурачунљивом лицу мера безбедности више није сукцесивна у односу на казну, и може се самостално изрећи. Из „кратких објашњења“ јасно произлази да поред свих горе набројаних покушаја индивидуализације, постоји још један у сфери одмеравања казне, јер је судовима дата могућност да „слободнијих руку“ приступе том послу. Иновативност у односу на тада важеће прописе постигнута је и увођењем условне осуде, рехабилитације и повраћаја права. Када је реч о малолетницима они су сходно ранијем пројекту разврстани у три групе и то: децу – до четрнаест година, млађе малолетнике од четрнаест до осамнаест година и старије малолетнике од осамнаесте до двадесет прве године. Упркос оштрим критикама чланова уже комисије, одсек је и сада остао на позицијама др Божицара Марковића, писца општег дела Законика и мотива из 1910. године, да се покушај може, али и не

мора блаже казнити. Усвајањем предложеног законског текста смртна казна би се и даље могла изрицати, а њено извршење би се обављало вешањем. Задржана је спорна установа полицијског надзора. Објашњење „Посебног дела Казненог законика“ је још оскудније од коментара на општи део. Своди се углавном на пуко препричавање садржине одредаба. Подробнија објашњења постоје само за одређене групе кривичних дела које су претрпеле знатније модификације. Тако се у глави XIV (Кривична дела против опстанка државе и њеног уређења) наводи да је у поређењу са ранијим пројектом, сада промењен редослед кривичних дела (велеиздаја, издаја и на крају „особити случајеви“). Промена је извршена и у вези са именовањем групе кривичних дела против државне власти тако што је из самог наслова изостављен део „и против државних службеника“, због става да је сваки напад на државног службеника суштински напад на државну власт, која је њему поверена одлуком исте. Услед чињенице да се остало при тројној подели кривичних дела и намери да се „иступи издвоје у засебан тзв. полицијски казнени законик“, дошло је до обједињења глава XXVII (Злочини против имовине) и XXXVI (Преступи против имовине) ранијег нацрта, у главу XXIX новог пројекта под насловом „Кривична дела против имовине“. Из мотива сазнајемо да су постојала неслагања чланова комисије око прописивања појединих кривичних дела. Против инкриминације дела „одметништва“ била су четири члана одсека, Живановић, Посиловић, Чубински и Марковић, али је већински одлучено да се оно ипак санкционише. Такође су изостављена кривична дела из члана 408. („бесправно присвајање“ општинске, општенародне и државне земље) и члана 410. („о закупу“) старог нацрта, јер је сходно надполовичном мишљењу чланова комисије било неопходно сачекати доношење новог Грађанског законика којим би била извршена унификација дате области, а на чему се већ радило.⁵⁸ Овако непотпуни мотиви наишли су на критику др Чубинског, који је сматрао да је „због малих кредита и жеље да се посао што брже заврши“ састављено само „Објашњење“ и да оно због своје краткоће „није могло заменити потребне подробне „Мотиве“, који се у целом свету свагда неизоставно штампају једновременно са текстом“. На крају он закључује да су „тај недостатак само делимично могли надокнадити одштампани „Мотиви“ српског пројекта 1910.

58 Цитати у овом пасусу преузети из: Пројекта Казненог законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, *Пројекат Казненог законика за Краљевину Срба, Хрватску и Словенаца*, Службено издање Министарства правде, Државна штампарија Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Београд 1922, „Кратка објашњења пројекта Казненог законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца од 1922. године“, 81. и даље.

године“, на које се упућују истраживачи у историјском делу, „јер се текст новог пројекта знатно разликује од текста српског пројекта“.⁵⁹

4.1. Критичке анализе правних експерата и институција

У вези са извештајем библиотеке Министарства правде од 9. септембра 1922. године, министар Лазар Марковић истога дана доноси Решење бр. 47400⁶⁰ којим налаже Одељењу за израду законских пројеката да „у броју примерака које одељење за потребно нађе“ изврши доставу нацрта следећим појединцима и установама: Члановима шире комисије⁶¹ (све у вези са одлуком од 3. децембра 1921. године – Решење бр. 62888); Одељењима Министарства правде у појединим покрајинама; Министрима; Државном Савету; Главној контроли; Вишим и нижим судовима; Државним надодвјетништвима и одвјетништвима; Правним удружењима; Судијским и адвокатским удружењима и коморама; Универзитетима у Београду, Загребу, Љубљани и Суботици, а по потреби налаже и испоруку примерака појединим професорима; Члановима Сталног Законодавног Савета; Уредништвима часописа и новина; Министарствима правде страних држава („по потреби“)⁶² и појединим надлештвима, адвоката-

59 М. Чубински, *Научни и љактиични коментйар*, 9.

60 Решење (47400) од 9. септембра 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1922; Број фасцикле 37.

61 Чланови шире комисије били су: Ватрослав Хондол (бивши потпредседник Банског Стола, „а сада већник Стола Седморице у Загребу“); Др Драгутин Катушић (одвјетник из Загреба); Др Александар Димшић (Касациони судија Одељења Б у Новом Саду); Отмар Вајнерт (судски надсавјетник код Врховног суда у Сарајеву); Гаврило Церовић (адвокат из Никшића); Др Ернест Милер (професор Универзитета у Загребу); Др Александар Вајић (већник Стола Седморице у Загребу); Др Чедомиљ Митровић (професор Правног факултета у Београду) и Фран Регал (потпредседник Вишег Земаљског суда у Љубљани). (Архив Југославије; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1922; Број фасцикле 37, Решење (14831) од 4. марта 1926. године којим се налаже исплата 3000 динара (свима сем Франу Регали, коме је исплаћено 5000 динара „на име хонорара“). Решењем од 09. септембра 1922. године тражи се од ових чланова шире комисије да проуче пројекат и до 15. новембра и доставе Министарству „своје темељно мишљење – реферат“ који би требало да садржи и „евентуалне измене и допуне у појединим одредбама пројекта“.

62 Законик је достављен и „Америчком посланству“ у Београду, о чему сведочи њихов допис којим потврђују пријем „3 примерка пројекта Казненог Законика“ и захваљују Министарству на љубазности. Пројекат је такође послат и „Руској мисији у Београду“ која је изразила „благодарност за љубазну доставу примерака“. *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1922; Број фа-

тима, правницима и другим лицима према оцени одељења. Истом одлуком је од одељења тражено да „повећи број примерака задржи за Народну Скупштину“. Свим адресатима остављен је кратак рок – до 15. новембра – да се изјасне о законском нацрту.⁶³ Закључно са првим кварталом 1923. године, укупно је предато двадесет четири мишљења. Водећи рачуна о заступљености свих покрајина које су ушле у састав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, ови елаборати могу се сврстати у неколико различитих скупина. Прву групу сачињавали би критички материјали институција и појединаца из Србије, другу из Црне Горе, трећу из Новог Сада, четврту из Сарајева, пету из Загреба и шесту из Љубљане.

4.1.1. Критичке анализе са њравној њодручја Србије:

Анализирајући реферат⁶⁴ професора београдског Правног факултета и члана шире комисије др Чедомиља Митровића, од 14. новембра 1922. године, можемо закључити да конкретнијих примедба на текст нацрта општег дела скоро и да нема. Тек од члана 44, који прописује у чему се састоји „губитак грађанских части“, указује се на извесне мањкавости. Митровић уочава да је неспретно изостављена алинеја 4. става 1. члана 31. пројекта законика из 1910. године, која је предвиђала да се губитак грађанске части састоји и у губитку „права на пензију или помоћ државе или јавних установа“. Ова норма је по њему била веома значајна јер „пензију или помоћ од државе или јавних установа треба закратити свакоме ко изгуби грађанску част“. Поред ускраћивања права на пензију или другу помоћ, предложио је и допуну алинеје 2. става 1. истог члана, тиме што би губитак грађанске части био праћен истовременим губитком чина. Овај свој захтев он је поткрепио примером из Цркве, у којој чин и звање нису једнаки, то јест нису синоними, јер „код црквених службени-

цикле 37, Дописи „Руске мисије у Београду“ од 30. септембра 1922. године и „Америчког посланства“ од 18. октобра 1922. године.

63 Тако је главни државни тужилац из Новог Сада захтевао да се рок продужи до 1. или 15. децембра, јер је био „вољан ставити примедбе, измене и допуне већег обима“. Одлуком министра (*Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1922; Број фасцикле 37, Решење (61323) од 17. новембра 1922. године) рок је накнадно продужен до 15. децембра, али упркос овако задатим роковима поједини реферати пристизали су у Министарство и током 1923, 1924, па чак и током 1925. године.

64 Реферат професора београдског Правног факултета и члана шире комисије од 14. новембра 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

ка, нпр. звање је свештеника, а чин може бити ђаконски, презвитерски или епископски“ и додаје да је „код других звања то лако, али код свештених лица је звање скопчано са чином, тако да док му се не одузме чин, нисте му одузели ни звање“. С обзиром на то да је Апостолским правилима предвиђено да једном свргнути клирик не може поновно стећи чин који је својим преступом изгубио, др Митровић је затражио допуну члана 47, који говори о поновном стицању права, и то тако што ће се реституција дозволити само „у колико то дотични позив или служба допушта“. Исту је корекцију предвидео и у вези са чланом 85. Овакво преплитање канонског и световног права потпуно је разумљиво за државу каква је била Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца, у којој су свештена лица уједно била и државни службеници, са повереним вршењем извесних државних служби, о чему ће бити речи у наставку. У оквиру посебног дела проф. Чедомиљ Митровић је сугерисао низ врло сувислих модификација предложеног законског текста. Значајније интервенције предлаже у погледу члана 280. који говори о родоскрвњењу. Примећује да је ова одредба доста другачија од тада важеће и да је то очевидно последица промењених околности, јер је до тада била „православна вера државна, а сада нема једне државне вере, већ су све вере равноправне“, али је мишљења да „начела морала друштвеног остају у главном непромењена“. У циљу одрживости ове норме, он је иницирао још две измене. Прва се тиче разлике између потомака и предака, при чему би потомци нужно били блаже кажњавани за ово кривично дело, ако имају до четрнаест година, а друга корекција се тиче додатног прецизирања и проширења родоскрвњења, поред првог степена тазбинског сродства и на „супруге кога од сродника по крви у правој линији“. Имајући на уму члан 12. Устава, којим се гарантовала слобода вере и савести и равноправност вера, Митровић је указао на потребу измене оних одредаба пројекта које говоре о обавези свештеника „да воде протоколе грађанског стања“, јер је у новоствореној држави поред верујућих држављана било и оних „без конфесије“, за које је тек требало прописати „други облик закључења брака“ и специфичан поступак уношења података случајева „рођења, венчања и смрти“, од стране „можда несвештених лица“. У вези с тим иницирао је кажњивост и тих „несвештених“ лица, којима би законом била поверена дужност бележења података у матичне књиге. У погледу појединих чланова, попут става 2. члана 397, предлагао је задржавање „јасније“ одредбе нацрта из 1910. године.

Спорно питање правних последица осуде свештених лица, навело је и Његову Светост патријарха српског Господина Димитрија да

у својству председника Светог архијерејског Синода Српске Православне Цркве 10/23. октобра 1925. године, упути допис Министарству правде. С обзиром на то да је Казненим законом из 1860. године било предвиђено да лице које је осуђено на робију или заточење, поред губитка слободе, након извршности пресуде, губи и право „на сва државна, Црквена и општинска или друга јавна или почасна звања, све чинове, титуле и достојанства“, а како су сви осуђеници могли „поново заузети свој ранији друштвени и службени положај“ по издржавању казне, сем свештеника који су одмах након изрицања пресуде бивали рашчињени и нису имали могућност реституције због канонских правила, Његова Светост је замолила Министарски савет да се „при доношењу новог казног закона изоставе одредбе, које говоре да извесна осуда грађанског суда повлачи за собом губитак свештеничког чина поред губитка осталих достојанстава“. Очевидна је намера Цркве да путем ове модификације себи обезбеди одвојеност од државних власти, али и осујети могући притисак који би исте могле извршити преко својих судова на клир и Цркву уопште. Ова молба српског патријарха није узета у разматрање од стране трочлане комисије која је основана ради дефинитивног утврђивања законског текста током 1925. године, већ је министар тек 20. маја 1926. године упутио примедбу Светог Синода председништу Народне скупштине, са захтевом да се она „проучи при оцени овога законског предлога“.⁶⁵

Из Београда је, поред реферата проф. др Чедомиља Митровића и примедба Српске Православне Цркве, на предлог закона стигло још једно значајније критичко мишљење, од Министарства саобраћаја. У њему се углавном разматра глава XX, која се бави кривичним делима против сигурности јавног саобраћаја за људе, имовину и вести, а може се свести на протест овог Министарства због строгости законописца, приликом прописивања казни за учиниоце из ове групе кривичних дела. Став Министарства је да би оштрина кажњавања могла само да подстакне особље „на онакву опрезност, која изазива спорост у вршењу службе у толикој мери, да се може идентификовати са пасивном резистенцијом, а што би штетно утицало на уредан саобраћај“. Учесници јавног саобраћаја, по оцени Министарства, морају поседовати одређену дозу хладнокрвности приликом одлучи-

65 Допис Светог архијерејског Синода Српске Православне Цркве Министарском савету и Министарству правде Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца (Син. Бр. 6. и 85.) од 10/23. октобра 1925. године – Седница Светог Синода одржана у Београду, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 104; Година 1924; Број фасцикле 35.

вања, али законска суровост управо може ту трезвеност елиминистати и тиме штетно утицати на њихову способност правилног резоновања. Имајући све то у виду, Михаило Илић је испред Министарства саобраћаја замолио Министарство правде „да приликом редиговања пројекта“⁶⁶ уложене примедбе узме у разматрање.

4.1.2. Критичка анализа адвоката Гаврила Церовића – правно подручје Црне Горе:

Са подручја Црне Горе приспело је мишљење⁶⁷ адвоката Гаврила Церовића, који је у својству члана шире комисије, по одлуци Великог суда у Подгорици, изнео своја запажања у реферату од 12. новембра 1922. године. На самом почетку износи позитиван став према садржини пројекта законика, тврдећи да је он „резултат дугог и савјесног рада наших најбољих радника на пољу кривичног законодавства“. Његов квалитет оцењује као „добар“ и додаје да му се „начелно узевши, ништа не може приговорити“, а нарочито јер су у њему „садржане одредбе, којима се одликује врло мали број казних законика, као резултат најновије кривично-правне знаности, те би било излишно говорити о свим његовим добрим странама, нарочито оним општег дијела“. Целокупан коментар Церовића на текст „Казненог законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца“ је врло површан. Он суштински врши само мање исправке текста са пратећим интервенцијама у погледу законског минимума и максимума прописаних казни. У погледу новчаног кажњавања констатује да је законски максимум код ове врсте кривичне санкције адекватан, с обзиром на тадашњу вредност динара, али упозорава на сталне промене вредности, које су честе и негативно могу утицати на правичност. У општем делу нешто се дуже задржава код смртне казне. Критикује „Кратка објашњења“ у којима се извршење ове врсте казне вешањем назива најхуманијим. Предлаже да се настави са дотадашњом праксом стрељања осуђеника „али на начин да се то не чини јавно, ради осјећаја гледалаца, већ у затвореним просторијама или мјестима неприступачним публици“. Сам назив вешања њега је подсећао на „ранија окрутна кажњавања варвара, који су заправо, то јавно вршили“.

66 Допис Министарства саобраћаја Министарском Савету и Министарству правде Краљевине Срба Хрвата и Словенаца од 7. децембра 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

67 Мишљење члана шире комисије и адвоката из Никшића Гаврила Церовића од 12. новембра 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

Уколико би се законодавац ипак определио за задржавање смртне казне вешањем, сугерисао је да она буде прописана само за најтежа кривична дела, попут убиства извршеног од разбојника или кривичних дела учињених од одметника. Церовић поздравља увођење мера безбедности, али тражи да се задржавање у заводима предвиди као могућност само за држављане Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, а да се на стране држављане примењује члан 49, који у последњем ставу говори о могућности њиховог протеривања, јер сматра да је задржавање странаца „опасно по друштво“ и да је беспотребно „препуштавати нарочите заводе или одељења казних завода њима, кад иначе не могу бити условно пуштени“. Иако се у члановима 99, 100. и 101. набраја низ „објеката државе“ којима се пружа кривично-правна заштита, Церовић је, поучен искуством недавно окончаног рата, инсистирао на додатном прецизирању. Он пише да су „појединци, особито за вријеме непријатељске окупације, проказивали непријатељу скривену код народа храну, накит, стоку, оружје итд., а тако и поједина лица, па и војне необвјезнике и женске, који су се крили код других, било зато што су заостали у одступању, било што су припадали савезничкој војсци или се ма на какав начин замјерили непријатељу“, те да су дате ствари конфисковане, а прокажена лица одведена у заробљеништво „гдје су мнозина и смрт нашли“. Имајући све то у виду, никшићки адвокат уместо прописане казне до 20 година из члана 101. став 1. алинеја 3. захтева прописивање „вечите робије“. Предложио је и премештање појединих кривичних дела у другу групу кривичних дела. Тако је у вези са чланом 134, који говори о продаји приликом које извршилац „лажно мери“, сугерисао његово премештање из главе XVI у главу XXIX, дакле у групу кривичних дела „против имовине“, јер „је увек намера оног, који при продаји лажно мјери уперена на то, да противправним присвајањем туђе имовине себе окористи“. Сви остали предлози Гаврила Церовића своде се на минималну редакцију предложеног законског текста, незнатне измене и допуне и захтеве да се исправе „извјесне штампарске погрешке“.

4.1.3. Критичке анализе пројекта уписане са идручја надлежности Касационог суда из Новог Сада:

Једно од најкраћих изјашњења на достављени предлог законика дао је Касациони суд (Одељење Б) из Новог Сада, који је само констатовао да „нема никаквих примедба“.⁶⁸ Овако оскудно мишљење касније ће бити оквалификовано од стране проф. др Михаила Чуб-

68 Мишљење Касационог суда Одељење Б из Новог Сада од 11. новембра 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг.

инског, који био задужен да прегледа све елаборате, као негативан пример. Поред начелне оцене новосадског Касационог суда, из правне области Српске Војводине приспео је и реферат Александра Димшића, члана шире комисије и судије истог суда. Он своју критику пројекта започиње од трихотомне поделе кривичних дела, тражећи да се она напусти и да се „пређе на двојни систем“. Поздравља извршену систематизацију законика, на општи и посебан део, сматрајући да је она корисна јер се њом постиже „боља прегледност и јасност“. У погледу кажњивости покушаја, слично и ранијим примедбама на пројекат законика из 1910. године, тражи да се он императивно блаже кажњава, сем у специфичним случајевима, као нпр. када код учиониоца постоји „велики степен злочиначке воље“. Предлаже и брисање појединих чланова, као што су члан 55. општег дела и члан 312. специјалног дела. Димшић је у свом елаборату дао и оцене појединих одредаба, попут оних о одмеравању казне и санкционисању поврата, констатујући да оне „одговарају модерним захтевима“ науке, али и усвојеним решењима у другим европским државама. Због свих контроверзи које могу настати услед одлагања извршења казне, посебно се бави тим питањем. Мишљења је да до одлагања извршења никако не би могло доћи код дела за које је прописана робија или заточење чак и ако је одређено кривично дело извршено из „подле намере“, већ само у случајевима када закон за учињено кривично дело одређује строг затвор или затвор, а изречена казна не прелази шест месеци. Уз све ово, одлагање мора бити пропраћено и чињеницом да је осуђени, на основу објективних околности, достојан тога и да би таква одлука позитивно утицала на њега. Код посебног дела предлаже низ незнатних језичких измена и допуна текста закона, али и измене распона појединих казни. На самом крају свог елабората Александар Димшић је изразио „жаљење“, јер због „краткоће времена“ није могао да се позабави „минуциозним питањима“⁶⁹ другог одељка.

4.1.4. Критичке анализе из Сарајева:

Са подручја надлежности Врховног суда у Сарајеву у Министарство правде је приспело много радова, од којих можемо издвојити неколико најзначајних. Хронолошки први у низу јесте реферат „државног надодвјетника“ Лекића, који је обавестио ресорно

јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

69 Елаборат Александра Димшића, члана шире комисије и судије новосадског Касационог суда (Одељење Б), од 15. новембра 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

министарство да је „у брзини“ проучио нацрт колико је могао с обзиром на његове „службене послове“, али и на „стављени рок“. Када је реч о систематизацији и примењеним начелима, он суштински не износи веће примедбе. Констатује да је „пројекат очевидно продукт темељног проучавања данашњег законодавства, готово читавог цивилизованог света“ и да је у њему „примењено доиста све оно, што се од модерног закона данас у науци и пракси тражи“. Ипак запажа и низ слабости, предлажући одговарајуће измене и допуне. Тако замера што се творци текста нацрта нису опширније позабавили „питањем пијанства, односно што нема у пројекту посебних одредаба у погледу кривичних дела, почињених у пијанству“. Указује и на извесне штампарске грешке, попут оне у члану 30, где је пропуштено да се уз реч „дело“ дода „кривично“. Лекић критикује и недељивост приватне тужбе, која је очигледно пројектом предвиђена, јер у члану 84. ставу 2. стоји да тужилац има могућност одустанка од предлога или од приватне тужбе према једном од учесника и да услед тога долази до обустављања поступка, не само према њему, већ „и према осталима“. Инсистирајући на дељивости, он наводи „да је код приватне тужбе *dominus litis* приватни тужитељ“ и да је он „у свом положају много слободнији од државног тужиоца, јер га не веже принцип легалитета“, те стога тражи да се „брише недељивост приватне тужбе“. Основни недостатак члана 86. пројекта, којим се прописује смртна казна за лице које покуша да убије или убије Краља, Наследника престола или краљевог намесника, видео је у томе што се овом одредбом не пружа кривично-правна заштита и члановима „Краљевског Дома“. Тражи да се у глави XXVI, конкретно члану 269, поред блуда изврши унос и прецизирање термина блудне радње. У вези са овом главом пројекта констатује да је случај силовања пунолетног мушкарца од стране жене „код нашег народа непознат“, па да услед тога не види ни потребу да се „овако дјело под санкцију кривичног закона“ стави. Како је муслиманска, то јест „мухамеданска“ вера призната као равноправна у новооснованој држави, у контексту кривичног дела двобрачности, дакле члана 285, приговара што у обзир није „узет члан 27. Ханефитичког обитељског закона Муслимана, по којем сваки Муслиман може четири законите жене имати“.⁷⁰ Државни надодвјетник је углавном све предложене измене и допуне базирао на решењима која су предвиђена у тадашњем немачком законодавству.

70 Мишљење Државног надодвјетника Лекића од 27. новембра 1922. године, Архив Југославије; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

Судски надсавјетник код Врховног суда у Сарајеву и члан шире комисије Отмар Вајнерт је у свом писаном мишљењу оценио да су пројектом усвојене „најмодерније и прокушане установе страних законодавстава“, те да се приликом израде текста несумњиво водило рачуна „о резултатима постигнутим на пољу криминалног права“, а све водећи рачуна о државноправним, социјалним и културним специфичностима Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Бавећи се питањем апсолутне некажњивости малолетника, наводи упоредно-правну праксу појединих земаља, попут Француске (где је најмањи узраст за некажњивост 13 година), Мађарска (12 година), Шведске и Финске (15 година), у којима је прописана донекле различита граница некажњивости, али ипак закључује да је у нашем нацрту прихваћено најраспрострањеније решење, које је било предвиђено у законима Енглеске, Норвешке, Немачке, Аустрије и Данске (14 година). Он је сматрао „да је та граница коју усваја К. пројекат основана“, а исто тако и „граница према горе до 18. година“. Истом методологијом анализира и увођење мера безбедности и оцењује да је њихово прописивање преко потребно. Како би кривично-правна област у целисти била законски регулисана, захтевао је што брже доношење закона о иступима, чиме би била избегнута правна празнина (последница нацртом прихваћене поделе кривичних дела). У погледу условне осуде каже да су „ту институцију скоро све државе узакониле, било по француско-белгијском систему, којим се одлаже извршење казне, било по енглеско-америчком којим се одлаже изрицање осуде“ и додаје да је „први систем који усваја и наш пројекат бољи и практичнији“. Позитивно је гледао и на утицај француског законодавства на домаће право у сфери повраћаја изгубљених права осуђенику, уједно изражавајући сагласност „да се ова оправдана и хумана установа узакони“. Проучавајући сваки члан појединачно, указао је и на низ „погријешака у тексту“. Код Вајнерта, сагласно већинском мишљењу установа и појединаца који су се изјашњавали о тексту нацрта, сусрећемо негодовање због прописивања смртне казне. Поборници ове кривичне санкције су као оправдање за њено увођење наводили низ аргумената, почевши од специјалне превенције, праведне одмазде и уништења злочинца, али су се позивали и на претпоставку појединих стручњака да ће услед овако строгог санкционисања учинилаца доћи до смањења броја кривичних дела за која је она предвиђена. Судски надсавјетник овакве аргументе потпуно одбацује као бесмислене, наводећи да се нису „у државама, које су задржале смртну казну, злочини којима закон пријети смртном казном, смањили, нити су се у државама које су одбациле смртну казну, ти случајеви умножили“, те је због тога тражио да се ова кривична санкција,

која „не одговара појму морала, ни културном позиву државе“ као непотребна и брутална одбаци. По њему би потпуно адекватна замена за смртну казну била вечита робија. Поред мањих текстуалних модификација чланова посебног дела предлаже и промене казни код појединих кривичних дела. Износи и неколико начелних оцена, поздрављајући систематизацију специјалног дела законика, којом се по први пут врши концентрисање кажњивих дела у групе кривичних дела, без прављења разлике између злочинастава и преступа. Овакво решење је, по Вајнерту, прегледније и практичније. Сугерисао је смањење броја кривичних дела која се гоне по приватној тужби и повећање броја деликата код којих се кривични поступак покреће по предлогу оштећеног. Предложио је неколико конкретних измена. Тако код члана 105. тражи допуну, којом би кажњивост постојала не само у случају неиспуњења закљученог уговора у време рата, већ и „у време ратне опасности“ и „мобилизације“. Такође, везано за кривично дело двобрачности, попут већине правника из Босне и Херцеговине, уочава потребу усклађивања одредаба будућег законика са нормама муслиманског брачног права. Своје писано мишљење завршава жељом да се пројекат „који се без сваке сумње указује као велико дјело здушног знанственог рада, што прије узакони“. Сагледавајући елаборат Отмара Вајнерта у целисти, може се констатовати да је он њиме више показао познавање иностраних законика, него што је тражио измене и допуне предложеног законског текста.⁷¹

Врховни суд у Сарајеву донео је одлуку, на једној од својих општих седница којој је присуствовао и Отмар Вајнерт, да реферат у вези са пројектом закона изради председник Сената Давидчак. Истом одлуком било је предвиђено да се о садржају реферата, када буде израђен, изјасни суд на засебној седници и да се том приликом заузет став Врховног суда упути у Београд као предлог ове институције за промене законског предлога. Председник Сената је писано мишљење доставио „Предсједништву Врховног суда за Босну и Херцеговину“ почетком децембра. Давидчак је њиме иницирао корекцију законског текста и брисање појединих чланова, попут члана 15. „јер стоји у протусловљу са прописом члана 17“. Садржину члана 76, који прописује „застару од 20 година“, тумачио је као штампарску грешку, „јер није вероватно нити оправдано да би за лакша кривична дела била прописана иста застара као за тежа дела“. Износи тврдњу да су нор-

71 Цитати у овоме пасусу преузети из елабората судског надсавјетника Врховног суда у Сарајеву и члана шире комисије Отмара Вајнерта од 29. новембра 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

ме које регулишу питање покретања кривичног поступка (члан 83), опозива предлога и одустанка од приватне тужбе (члан 84) по својој правној природи процесног карактера, и да сходно томе њима није место у Кривичном законнику, већ у Закону о кривично-судском поступку, чија је израда била у току. У посебном делу предлаже председништву суда да захтева мање измене, као нпр. замену казне строгог затвора затвором у члану 193. и кажњивост дела из члана 244. само ако је до не пружања помоћи или до неблаговременог пријављивања надлежној власти, дошло „из злобе“. Као и у већини других елабората из Босне и Херцеговине, и Давидчак указује на неуважавање специфичности муслиманских брачних прописа, који дозвољавају полигонију, те је стога предложио да се члану 290. дода став 2. који би гласио: „Исто тако ће се казнити муслиман, који се ожени са уда- том женом, удата муслиманка која се уда за другог човека, као и не- удата муслиманка, која ступи у брак са ожењеним немуслиманом“. Примећује и да би било целисходно извршити допуну главе XXIX (Кривична дела против имовине) тако што би постала кажњива и „литерарна крађа“. На крају овог елабората, достављеног председништву на разматрање, Давидчак је дао општу оцену законика и закључио да пројекат „одговара савременим приликама, те је прикладан за претрес у Народној Скупштини“. У присуству седамнаест чланова председништва Врховног суда за Босну и Херцеговину, на пленарној седници одржаној 2. децембра 1922. године, већина Давидчакових предлога је одбијена, а једногласно је усвојена само сугестија на члан 76. Иако се сенатски председник у писаном мишљењу није бавио последњом главом пројекта (XXXI Кривична дела свештеника против службене дужности), о њој се повела жучна расправа на седници. Тако је „надсавјетник“ суда Фиалка затражио да се иницира брисање члана 397, који санкционише неизвршење каквог обреда или узимање неадекватне накнаде за његово извршење. Свој став оправдао је тврдњом да се не могу законски санкционисати само поједини ста- лежи због неревносног обављања звања и да судија није компетентан да врши оцену рада свештених лица, а нарочито ако „сам буде друге вјероисповјести“. Усвајањем Фиалкиног предлога кажњавање клири- ка било би препуштено њима надређеним духовним властима, чиме би се избегао конфликт верских заједница и државе. Из записника са седнице видимо да се о предлогу судског надсавјетника изјаснио и „председатељ Сената“ др Зобков, који је тражио брисање, не само члана 397, већ и целе главе XXXI, јер ова материја „не спада у каз- нени закон, него би то питање требало уредити посебним законом, пригодном опћег уређења одношаја цркве и државе“. Већином гласова одбијени су предлози Фиалка и Зобкова.

Поред транскрипта са седнице, на којој се одлучивало о Давидчаковом елаборату, министарству је достављен и „сепаратни вотум председника Сената Др Михајла Зобкова“. Садржао је сажету критику предложеног текста закона, са захтевом за бољу систематизацију и брисање појединих одредаба. Предложио је и преименовање друге главе („Кривично дело и учинилац“), јер је сматрао да њен наслов не одговара садржини, која углавном прописује основе искључења противправности и кажњивости. С обзиром на то да је нацртом предвиђено увођење мера безбедности, чиме би се омогућило упућивање на заводско лечење и поправљање посебним категоријама лица, др Зобков је био мишљења да „док немамо посебних завода за малолетнике, за кривце неурачунљиве и са смањеном неурачунљивошћу, не би требало поближе о начину кажњавања тих лица говорити у опћем казненом закону, него оставити уређење тог питања, чим буде држава имала потребне заводе“. Он је такође сматрао да би додатно требало прецизирати покушај, темељно анализирати неопходност прописивања смртне казне и извршити замену израза робија, која га „подсећа на ропство (роб-ство), којег више немамо“, речју „тамница“. Увиђајући да је најболнија тачка свих злочинаца управо њихова имовина, Зобков у свом издвојеном мишљењу предлаже „конфискацију целог или дела имања“ таквим лицима, уз посебну пажњу коју би требало посветити члановима њихових породица, како они не би запали у оскудицу и сиромаштво без своје кривице. Овакви предлози могу се посматрати и као први покушај увођења института одузимања имовине стечене и проистекле из кривичног дела у наше домаће кривично законодавство. У другом одељку пројекта инсистира да се увек прецизно одреди минимум и максимум казне, зарад избегавања арбитрарности при изрицању кривичне санкције.⁷²

Поред елабората „државног надодвјетника“, члана шире комисије Отмара Вајнерта и Врховног суда, из Сарајева је на адресу министарства упућено још једно значајно мишљење Правосудног одељења Покрајинске Управе за Босну и Херцеговину, којим се текст нацрта оцењује као „без сумње одличан рад, заснован на најмодернијим начелима“. Попут др Михајла Зобкова, Управа за БиХ у својим „опћим примједбама“ као основну мањкавост законског текста наводи чиње-

72 Цитати у овом пасусу преузети из материјала који је Врховни суд за Босну и Херцеговину из Сарајева доставио Министарству правде – Мишљење Давидчака, предато суду почетком децембра, Записник са седнице суда одржане 2. децембра 1922. године и издвојено мишљење тј. „сепаратни вотум“ сенатског председника др Михајла Зобкова, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

ницу да се судовима даје превелика слобода „у погледу одмеравања казне“, јер је пројектом прописана само највећа или најмања казна. Суду се, по њиховој оцени, такође даје превелика арбитрарност приликом одабира врсте казне и примене института ублажавања казне. У наставку реферата чланови правосудног одељења констатују да су ове одредбе последица покушаја да се казна индивидуализује, али се „у том смеру предалеко отишло“ и сматрају да би се применом ових норми дошло до катастрофалних резултата, јер би „при одмјеравању казни било мјеродавно једино субјективно схваћање суца“, што би за последицу имало да ће се кривац „кажњавати не по објективној правди закона, него по субјективном чувству суца, на којег упливишу вјерски, политички и етички назори“. Разлог да ова решења сматрају неадекватним видели су и у чињеници да је новостворена Краљевина била племенски и верски раздељена, и да је њу карактерисао „ниски степен културе“, те су затражили да се за пример текста закона узме швајцарски пројекат из 1908. године, „који у погледу одмеравања казне ставља слободној оцјени суда знатно уже границе“. Код новчане казне и могућности њене замене за казну лишења слободе, наводе да с обзиром на њену сврху (пооштрење главне казне), у случају немогућности наплате треба предвидети конверзију, али само за ону врсту лишења слободе „које је главна казна“. Тумачећи одредбе којима се врши узакоњење мера безбедности, изразили су бојазан да би се, због њихове недовољне прецизности, судови нашли у ситуацији да и стране држављане, извршиоце кривичних дела, упућују на заводско лечење и поправљање, чиме би се „наша држава сувише теретила злочинцима странцима“. Из тих разлога су предложили уношење у закон норме о протеривању странаца. Писци пројекта су се, по оцени Управе, опредељивали између две солуције, када је реч о рехабилитацији. Наиме, у немачком пројекту законика правила се разлика између услова за рехабилитацију у ужем смислу (повраћаја грађанске части) и брисања казне, док аустријски нацрт из 1912. године предвиђа само „једну институцију рехабилитације“. Зауевши позицију немачког предлога законика, наш пројекат прави разлику између рехабилитације у ужем смислу и брисања казне, али угледајући се на аустријско решење одређује идентичне услове за повраћај права. Сматрајући овакво половично и неспојиво решење не-одрживим, чланови правосудног одељења су захтевали прихватање немачког модела у целисти. У односу на посебни део они предлажу брисање појединих чланова, премештање одређених кривичних дела у друге групе и упућују опште критике појединих решења. Тако примећују да је по немачком узору у нацрту извршена подела на кривична дела против сигурности људи, сигурности имовине, и кривична

дела против сигурности јавног саобраћаја за људе, имовину и вести. Залажући се за њихово спајање, сходно аустријском пројекту, сматрали су да је неопходно да се на крају ове обједињене групе кривичних дела, дода и једна „специјална одредба“, којом би били отклоњени недостаци таксативног набрајања. Овај захтев асоцира на иницијативу увођења генералне клаузуле, што је потпуно супротно једном од кључних начела у кривичном праву, принципу легалитета. Као основну особеност групе кривичних дела против личне сигурности (XXIV) наводе хетерогеност, јер она обухвата мноштво кривичних дела „која немају ништа заједничко“ и која „нико неће тражити под оваквим насловом“, захтевајући њихово размештање по другим сродним групама кривичних дела. Анализирају већину чланова посебног дела тражећи, код једних „прогон по службеној дужности“, а код других по приватној тужби. Исто као и остали појединци и установе из Сарајева, у погледу члана 285, наводе да приликом дефинитивног утврђивања текста мора бити узета у обзир чињеница да је „муслиманима по шеријатском праву дозвољено имати четири жене“.⁷³

4.1.5. Критичке анализе из Зајреба:

С обзиром на то да су многобројни материјали дошли и из хрватско-славонског и словеначко-далматинског правног подручја, у наставку ће бити изложена садржина најзначајнијих критичких мишљења, према времену приспећа. Већ 4. новембра 1922. године „Одвјетнички одбор“ из Загреба је дописом обавестио Министарство правде, да је на својој последњој седници одлучио да за члана шире комисије, са задатком подношења писменог мишљења „на горњи пројекат Казненог законика“, изабере др Драгутина Катушића. На истом састанку није било детаљније расправе о самом тексту пројекта, али је једногласно донета одлука да би смртну казну требало укинути, „јер по мишљењу Одвјетничког одбора, које се покрива с мишљењем небројаних уважених правника, смртној казни у модерном казненом законика нема мјеста“.⁷⁴

Поступајући у складу са одлуком Одбора, др Драгутин Катушић упућује у Београд, 13. новембра 1922. године, писано „мнијење“. Он

73 Цитати у овом пасусу преузети из реферата, „опћих примједби“, Правосудног одељења Управе за Босну и Херцеговину од 20. децембра 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

74 Допис Одвјетничког одбора из Загреба од 4. новембра/студеног 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

тражи да се наслов пројекта („Казнени законик“) усагласи са насловима глава посебног дела, тако што ће се „доследно наслову у цијелом пројекту кривична дела – замјенити са кажњива дела, или обрнуто и сам наслов промјенити у пројекат кривичног законика“. Додатно појашњавајући једногласно донету препоруку Одбора о укидању смртне казне, он наводи да у пропратним мотивима нацрта не постоји подробнија анализа којом би се оправдало увођење ове кривичне санкције. Признаје да је у коментарима на ранији пројекат за Краљевину Србију, на који се и писци „кратких објашњења“ позивају, њено узакоњење правдано статистичким подацима, али додаје да се исти не могу узети у обзир, јер је ситуација битно другачија због прикључења Краљевини нових, тек ослобођених покрајина. Разматрајући учинак специјалне превенције која се очито хтела постићи оваквим решењима новог закона, при томе се позивајући на мишљење правних стручњака, Катушић пише „да интезивност казне вјечног робства постављене на мјесто смртне казне, садржаје све, што је нужно, да се духови застраше“ и да „вјечно робство више боли него смрт – јер се несретни моменти робства раздијељују на цијели живот, дочим смртна казна сву у себи садржину, бол концентрира у један час“. Имајући све то у виду, предложио је „да се умјесто смртне казне, гдје год је иста у пројекту запријеђена, запријети доживотна робија, а смртна казна да се уопће из пројекта елиминира“. Критикује и нацртом предвиђену конверзију новчане казне у казну затвора, као неправичну, али и спорну установу полицијског надзора. Као разлог за њено укидање, поред лоше организације полицијских власти, он наводи и „мању интелигенцију полицајних уредника“, те закључује да би се и полицијски надзор „као споредна казна имао из закона елиминирати“. Како су мере безбедности у то време представљале новину, чију је целисходност време требало да потврди, др Драгутин Катушић о њима износи начелно позитиван став, уз упозорење да ће њихова примена изазвати огромне материјалне издатке. У име Одбора, на самом крају елабората, врши и оцену специјалног дела законика, констатујући да је он „систематски посве исправно“ написан и пошто су у њему „установљени многи нови деликти према схваћању модерног казног правног судовања, то се одељак прихваћа у цјелости“.⁷⁵

У примедбама на пројект Казног законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, иако до детаља претреса скоро све одред-

75 Елаборат др Драгутина Катушића од 13. новембра/студеног 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

бе, одељење Министарства правде из Загреба констатује да су због „краткоће времена“ и малог броја „особља код овог одељења ограничене примједбе на најнужнију мјеру“. Критички сагледавајући општи део законика, чланови одељења примећују да су одредбе преопширне и недовољно прецизне. Као негативан пример наводе став 2. члана 11, којим се забрањује „издавање“ страних држављана због политичких кривичних дела, указујући на потребу „дефинирања политичких деликата“, јер „препустити судијама да услјед толико опречних назора у правној науци, одлучују што је политички деликт није никако згодно“. Под утицајем учења класичне школе противе се степеновању кривице. То се најбоље може видети код њихове критике става 2. члана 19, који суду даје могућност да слободном оценом врши ублажавање казне код учиниоца са битно смањеном урачунљивошћу, јер тврде да се учиниоци могу сврстати у две категорије, и то: болесне, које би требало лечити, и оне који су приликом извршења „били здрави, то их се кажњава“. Овоме додају да би било апсурдно испитивати „колико постотака је при том било умишљаја и воље, а у којем опсегу су та душевна својства била болешћу помрачена или избрисана“. Истог су мишљења и када је реч о члану који предвиђа степеновање умишљаја, на евентуални и директни и нехата, на свесни и несвесни. Оваква решења по њима представљају „компликовање појма кривње и сувишно његово диференцирање“ чиме се постиже „противан успјех“. Тврде да је израз умишљај „нашој пракси и теорији посвема стран“, јер „у Вуковом и другим ријечницима нашег језика га нема“ и износе запажање да је он „магловит, многозначан, може једнако да значи функцију интелекта потребну да се получи реалан успјех, као и акта фантазије/имагинације, које и не иде за тим да се реализује“. Предлажу замену умишљај изразом „зле намери“. Када је реч о старосним границама малолетничке одговорности, става су, узимајући у обзир све специфичности Краљевине, да би „ваљало ставити највишу границу, за безкажњивост, до навршене петнаесте године, а после до осамнаесте године само увјетно суђење“. Од осамнаесте године „наступила би потпуна способност за казнено право“. За разлику од већине других коментара, у оквиру овог мишљења не може се наићи на негативан став у погледу смртне казне. Од свих казни, чланови одељења Министарства правде из Загреба подробније се баве само лишењем слободе, тражећи веће разликовање „између робије, заточења, строгог затвора и затвора“. У члану 33. захтевали су замену речи „вечита“ изразом „доживотна“, „јер се вјечност обично узимље у објективном смислу“. Критикујући предложену систематизацију, јер „не спада у казне“, не противе се полицијском надзору, већ само траже његово премештање у главу VI

(„Мере безбедности“). За одредбе садржане у овој глави, помало чудно, сматрају да спадају у материју управног права и наводе да уколико „се ипак овдје нормирају мјере безбедности, тада се имају све точно нормирати, а не оставити уредби, да их нормира“. По мишљењу одељења, и овај законик пати од недостатка који је постојао и раније, а то је да недовољно прецизно уређује друштвене односе, наводећи да је „уопће Ахилова пета нашег законодавства, од постанка државе, да се закон никада потпуно не донесе“. Сматрају да посебни део законика карактерише недовољна јасност. Траже додатно дефинисање речи „држати“, из члана 90, која је по њима „посве нова“, као и замену речи „подстицање“, из члана 108, изразом „подстрекавање“. Поред прецизирања израза, настоје да се појасне и извесни појмови, попут увреде из члана 295, а све како не би дошло до претрпавања судова. Оцењују као неподесну садржину члана 375, о пријему поклона или какве користи од стране чиновника, јер би се на основу њега „сваки дар, који је чиновник од особа, који спадају у његов делокрут, примио, могао лако овамо супсумирати“.⁷⁶ С обзиром на то да је једна од основних одлика нове државе била мултиконфесионалност, писци овога рада тражили су измену чланова, од 394. до 396, и то тако што би се „и за водитеље матица муслимана, те осталих вјера, код којих свећеници не воде по закону матице рођених, крштених, вјенчаних и умрлих“ предвидела одговорност у случају немарног вршења законом поверене дужности. Остале измене и допуне пројекта које су предложили су незнатне, углавном стилско-језичке, док предложено казнену политику скоро да у потпуности подржавају.

Поред писаних радова, у Министарство правде је достављено и транскрибовано предавање Душана Гјермановића са седнице „Правничког друштва“, одржаног 7. децембра 1922. године на Свеучилишту у Загребу. Ово мишљење је опширно, са пуно општих оцена и конкретних, понекада нелогичних, интервенција. Гјермановић предавање започиње поређењем болесника и учиниоца кривичног дела, наводећи да, попут медицине, и правна наука поседује одређена правила, на основу којих се прво врши изолација лица опасних по околину, након чега се учинилац подвргава „лечењу“, путем праву доступних лекова. Управо из тих разлога он сматра да „треба стварати норме“ које би обезбедиле повратак осуђеника у нормалне токове живота. Анализирајући капацитет пројекта да врши ресоцијализацију извршилаца, он тврди да текст Казненог законика

76 Цитати у овом пасусу преузети из реферата одељења Министарства правде из Загреба од 10. новембра/студеног 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

„стоји на тим модерним принципима“ и да је „прожет духом модернизма у свим гранама“. Похваљује и покушај писаца законског текста да путем индивидуализације код одмеравања казне обезбеде правичност, дајући слободу оцене суду приликом одлучивања. Ипак, одређене норме сматра недовољно јасним и непотпуним. Тако предлаже беспотребну допуну става 3, члана 49, у коме се предвиђа забрана протеривања из завичајне општине, позивајући се на члан 5. и 10. Устава, речима „нико се не може протерати из места у којем стално борави без судске пресуде“, стављајући акценат на пресуђену ствар и потпуно превиђајући став 1. овога члана у коме је прописано да ће се ова норма применити у вези са учиниоцем кривичног дела „за које је неко осуђен“. Тражи санкционисање „припомоћи дане злочинцу након извршења“ и допуну члана 316. реченицом „ако постоји заједница живота“. Критици подвргава основе ослобођења кривице и формулацију правне заблуде, тражећи њено премештање у другу главу. Сматра да би редиговани члан 19. требало да гласи: „Неће се казнити онај, који у време извршења дела није могао схватити, природу и значај свог дела или према томе схватању радити: а.) или услед болесног душевног растројства; б.) или услед бесвјесности; ц.) или услед умне неразвијености; д.) или услед потпуног пијанства, ако ли није учињено на умишљај за ово кривично дело“. Овај предлог измене члана 19. је веома значајан, јер у последњој алинеји предвиђа увођење у наше право, по први пут, института *actiones liberae in causa* (радње слободне у узроку). Назив ове установе потиче отуда што „иако у моменту извршења (*in actu*)“ радње учиниоца „више нису биле слободне, тј. он је био неурачунљив, у једном предходном стању (*in causa*), пре него што је проузроковао стање сопствене неурачунљивости, његове радње су биле слободне у смислу скривљеног започињања узрочног тока који се завршава вршењем кривичног дела у неурачунљивом стању“. Зоран Стојановић наводи да је ово специфична ситуација у којој се учинилац кривичног дела користи „самим собом“ како би избегао одговорност, проузроковањем неурачунљивости, која представља основ искључења кривице.⁷⁷ Члан 55. Гјермановић оцењује као бесмислен и непроводив, јер би суд морао „подврћи константној контроли“ лице које учини кривично дело у пијанству, како оно не би у периоду од једне до пет година „посећивало крчме“, а мишљења је да такав надзор није могуће проводити. Захтева измену става 1. члана 84, који би по њему требало да гласи: „Од предлога, као и од приватне тужбе може се одустати, док се главни претрес не заврши“. Рок предвиђен нацртом је различит за приватну тужбу (до завршетка главног претреса) и за предлог (до почетка главног претреса).

77 З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, 201.

Гјермановић је предложио низ модификација другог одељка пројекта, предлажући допуну чланова (нпр. члан 104), брисање појединих речи (нпр. речи „законите“ из члана 120), пребацивање у друге групе или обједињавање кривичних дела (попут члана 125. и 129). Доводи у везу члан 288, којим се санкционише затвором до три године лице које „у намери брака“ одведе девојку млађу од осамнаест година, без одобрења старатеља, са члановима 273. (кажњавање лица које „преварно“ одведе жену како би са њом „блудно живео“) и 274. (кривично дело се састоји у томе што учинилац користи „невољу женског лица“ ради обљубе или чињења блудне радње). Закључује да би члан 288. требало брисати, јер би неправедно и нелогично било да се извршилац из чланова 273. и 274. не кажњава, у случају да „са наведеном женском ступи у брак“, а да се учинилац из члана 288. санкционише, упркос непостојању намере блудног живљења или обљубе. У вези са члановима од 326. до 328, који говоре о одметништву, Гјермановић је инсистирао да дође до подвргавања кривичној санкцији и јатака, који пружају смештај и исхрану или набављају оружје овим лицима. На потенцијалну критику да је ова материја већ регулисана „Законом о заштити државе“, унапред одговара да „чим једном казнени закон ступи на снагу за читаву нашу Краљевину – морали би однасти сви закони, који су са криминалном санкцијом у вези“. С обзиром на то да је увреда части „тако строго кажњива“ пројектом, онда би по мишљењу Гјермановића требало инкриминисати и дело двобоја, јер по његовим речима постоји опасност „дати нама – јужњацима – слободу давања такозване „витешке задовољштине“, што би значило „осакатити једну трећину наше интелигенције“. На крају предавања додаје да „законик обилује и са страним ријечима и са ријечима, које нису у многим крајевима нашим познате“, као илустративни пример наводећи израз „притежање“ (из члана 308.), те закључује да је задатак филолога да суделују „код коначне редакције овог пројекта“.⁷⁸

Позивајући се на мотиве пројекта из 1922. године, у којима аутори наводе да су приликом писања законског пројекта поставили пред себе циљ стварања одредаба које ће моћи да се спроведу у реалном животу, Краљевски Стол седморице из Загреба у опширном елаборату достављеном ресорном министарству наводи да је свестан да се од њега очекивало да пружи „практичну критику“ посебног дела, с обзиром на своје искуство, и да се критика општег дела углав-

78 Цитати у овом пасусу преузети из транскрибованог предавања судског већника Душана Гјермановића, са седнице „Правничког Друштва“, одржаног 7. децембра/просинца 1922. године на Свеучилишту у Загребу, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

ном препуштала „правним теоретичарима“. Упркос таквим очекивањима, суд се ипак определио да критички сагледа и норме општер дела, а све са позиција „негативне критике“. Полазећи од самог наслова, примећују неадекватну употребу израза „законик“ (исто што и кодекс/*codex*), која по њима „означаје формалну, а не материјалну садржину онога, што је предмет пројекта“, стога инсистирају да се „мјесто израза законик“ узме „обичајни израз закон“. Критички се односе и према „дводиоби“ кривичних дела, позивајући се на мишљење Правног факултета из Загреба, али ипак констатују да је ово питање формалне природе, и да је самим тим мање битно. Сматрајући да „иош није дошло до егзактног ријешења питања, шта се има разумјевати под блажим законом“, захтевали су задржавање старијих одредаба, по којима ће се у односу на окривљеног вршити примена нових „блажих казни“, а не блажих закона, како је то нацртом предвиђено. Попут осталих правних стручњака са подручја надлежности загребачког Стола седморице, и сам суд истрајава на замени израза „умишљај“, речју „зла накана“. Протестују и због дефиниције умишљаја, тражећи њено испуштање „из текстуације пројекта“ и препуштање ствари „науци и животу – онако како је то учињено и код појма покушаја“. Мишљења су да кривичне санкције из члана 55. не одговарају стварним потребама и да „борба против алкохолизма треба да буде степена, превентивна и треба да више погађа будуће генерације“. По њима би сврсисходније било уместо „забране посећивања крчми“ увести рестрикције „наручивања алкохола“. Стол седморице осуђује и строгост казне прописане у члану 89. и тражи прецизирање појма велеиздаје, јер је неопходно да он буде „што више одређен, а чим то, тад је нужно, да се велеиздајом означе само они чини, који смјерају на силовиту промјену конститутивних фактора државе“. У погледу члана 170, којим се санкционишу жене које врше побачај или другоме допуштају вршење истог, захтевали су да нови законик, по узору на „шведске основе из 1916. године, те према предлозима швицарске казнене комисије – узакони некажњивост пометнућа (побачаја), ако је ово приволом трудне жене извршено, по дипломираном лијечнику у намери, да спријечи иначе неодклониу опасност за живот или здравље носеће жене, или ако је жена заносила злочинством, тј. силовањем, осрамоћењем или родоскрвњењем“. Упркос претежном тону „негативне критике“, у мишљењу суда могу се наћи и поједине позитивне оцене и похвале. Тако аутори овог текста, супротно начелу законитости и његовом сегменту који говори о неопходности одређености и прецизности кривичноправних норми, похваљују главу XXVIII („Кривична дела против части“), јер њом увреда није прецизно одређена, већ је остављено „здравом народном

животу“ и „разумној судској пракси“ да одреди значење овог појма. Овакву нелогичну и неправичку позицију они правдају ставом, који се противи забрани примене неписаног права и аналогije у кривичноправним стварима, да се узакоњењем ове одредбе више неће трошити „умна снага“ судије, приликом одлучивања „под коју ће специјалну установу супсумовати конкретни учин, већ ће бити једина дужност суца да испита, да ли према правној свијести његове околине постоје типична значења појма увреде“. Из свега горе наведеног, а у вези са групом кривичних дела против части, може се закључити да су поједине препоруке Краљевског Стола седморице супротне неким од основних начела кривичног права.

У наставку реферата размотрена је оправданост приговора због неинкриминације дела двобоја. Наводећи аргумента за и против санкционисања, износе мишљење да таква одредба не би знатније допринела генералној превенцији. Супротно ставу судског већника Душана Гјермановића, сматрају да се утицај на потенцијалне учиниоце може постићи „и онда ако се не донесе специјална норма за двобој“, при чему би онда изостала одговорност извршиоца за „изазов и прихват двобоја, али ће учинилац одговарати за штетне последице двобоја / конкретна погибел, озлеђење, усмрћење / по опћеним т.ј. строжим нормама и онда ако се борио унутар утанчаних правила“. Имајући све ово у виду, суд је похвалио састављаче пројекта, јер су „оправдано називали већу гаранцију превенције баш у томе, да се не донесе посебна норма о двобоју, односно о једном злочинству, које данас и онако није од актуелне важности“. Утицај Гјермановића види се и у посебним напоменама, које суд упућује ауторима пројекта, у смислу неопходности предузимања одређених номотехничких интервенција, увођења абецеде за означавање засебних случајева (ради прегледности) и замене страних речи, а све зарад боље прегледности и олакшавања посла судијама приликом супсумирања. На самом крају Краљевски Стол седморице из Загреба даје општу оцену реформи, које би биле остварене усвајањем текста нацрта законика, тврдећи да су оне „доиста напредне и савремене“ и да „одговарају правној свијести народа, те постулатима“ тадашње науке кривичног права. Поред овог мишљења, којим се пројекат посматра као „успјело дјело наших стручњака“ уз препоруку да „постане закон“, ⁷⁹ Министарству правде су достављена и два сепаратна вотума (издвојена мишљења): председника суда др Николе Огорелице и судског већ-

79 Елаборат Краљевског Стола седморице из Загреба од 26. децембра/просинца 1922. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 103; Година 1922; Број фасцикле 34.

ника Јосипа Поборе. Ови „сепаратни вотуми“ су далеко оштрији у оцени квалитета нацрта законика, нарочито је по том питању строг судија Побора, о чему ће бити речи касније.

4.2. Уређење даљег поступка унификације и претрес достављених материјала

Истеком рока остављеног адресатима из решења 47400 да се изјасне о нацрту, стекли су се услови да министар правде Лазар Марковић, новим решењем 2069⁸⁰ од 13. јануара 1923. године, уреди даљи поступак израде коначног текста законика. Њиме је за разматрање приложених мишљења задужен проф. др Михаило Чубински, који је задати посао завршио и предао Министарству правде елаборат 26. априла 1923. године.

Елаборат проф. Чубинског је подељен у две целине. У првом делу износи „опште примедбе“ аутора, које су углавном језичко-стилске, док у другом сегменту „доноси систематско излагање по члановима“. Поред двадесет и четири директне примедбе, Чубински наводи да је приликом писања њихове сажете садржине узео у обзир и „протоколе и издвојена мишљења“. Он закључује да је у свим тим материјалима углавном наилазио на приговоре који су засновани „на заиста научној основи и на упоредном посматрању нових казних законика и пројеката“, али да је било и кратких, површних, занемарљивих критика и формалних одговора („као на пример Председништво Касационог суда Од. Б у Новом Саду“). Чубински је обавестио министарство да већина аутора „високо цени пројекат“ и да га је окарактерисала „као резултат дубоког и темељног проучавања“. Од овога правила наводи и два изузетка. Први се односи на главног државног тужиоца из Новог Сада, који по мишљењу Чубинског „није дао директне негативне оцене“, али је ипак „фактички то учинио“

80 Решење (2069) од 13. јануара 1923. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1923; Број фасцикле 37. Овом одлуком се налаже наставак исплате редовног месечног хонорара током 1923. године проф. др Михаилу Чубинском, јер се задужује да размотри сва приложена мишљења на пројекат законика. Каснијом одлуком из 1924. године (*Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1924; Број фасцикле 37, Решење (5370) од 31. јануара 1924. године) настављена је исплата и током те, али и током 1925. године. На основу Решења (84978) од 31. децембра 1925. године је одлучено да се „од 1. јануара 1926. године не издаје више г-ну Чубинском“ месечни хонорар од 1.200. динара (*Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1925; Број фасцикле 37, Решење (84978) од 31. децембра 1925. године).

и то тако што је „уместо примедаба на пројекат, донео свој пројекат општег дела, са потпуно другом систематизацијом, са огромним бројем чланова и са детаљним, многоречним и изванредно субјективним прописима“. Поред њега, као други изузетак, наводи већника Краљевског Стола седморице Јосипа Побору, за кога сматра да је био изразито оштар у критици пројекта. Побора у издвојеном мишљењу констатује да „пројекат оваков каков јест, не може послужити за законску основу, све како би се према стављеним предлозима и исправио и надопунио, јер би то онда била крпарија“. Тексту нацрта Јосип Побора је замерио строгост казни, задржавање „застареле теорије застрашења“, несразмерност казне и повређеног добра, и нејасно дефинисање појмова. Др Чубински је уједно елаборатом обавестио Одељење за израду законских пројеката и ресорно министарство у целини, да је извештај резултат проучавања примедаба на српском и хрватском језику, али не и оних на словеначком, јер је сматрао да је „за елаборат законодавне природе“, потребно „ради тачности, перфектно знање словеначког језика“. Стога је предложио да се ангажује лице, са потребним квалификацијама, на изради реферата.

Одмах по пријему извештаја донета је одлука⁸¹ да сходно предлогу проф. Чубинског „г. Јосиф Кавчић, инспектор Министарства правде, преузме и среди материјал од добивених примедаба на словеначком језику, на израђени пројекат Казненог законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца“. По окончању овога посла, Кавчићу је истом одлуком наложено да израђени рад преда Министарству „ради доставе г. Чубинском, који ће после овај рад г. Кавчића довести у везу са израђеним својим елаборатом на овом послу, и тако потпуно спремити све оно, што је потребно комисији за утврђивање дефинитивног текста на овоме закон. пројекту“.

Јосиф Кавчић је скоро годину и по проучавао предметне материјале,⁸² на шта је свакако утицало и одржавање парламентарних избора и сталне промене министарских савета. Он тек 31. јануара 1925. године обавештава министра Еду Лукинића да је завршио поверени посао и да је све достављене примедбе на словеначком језику средио „по параграфима пројекта општег и посебног, за ужу комисију, која има утврдити дефинитивни текст законског пројекта“.

81 Решење (23165) министра правде Лазара Марковића од 1. јула 1923. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1923; Број фасцикле 37.

82 Елаборат Јосифа Кавчића достављен Министарству правде 31. јануара 1925. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1925; Број фасцикле 37.

Током марта Министарство рад Јосифа Кавчића прослеђује др Чубинском, да би он тек „9. априла 1925. године примио елаборат примедба на словеначком“. Прегледавши цео овај материјал, Чубински је прво привео крају проучавање оног дела који се односи на општи део, чиме је по његовим речима „дефинитивно спремљено све оно што је потребно ужој комисији за утврђивање дефинитивног текста општег дела“. Паралелно са анализом радова везаних за општи део, Чубински се бавио и сређивањем материјала „добивеног од свих примедба, које се односе на посебан део“. Тај подухват је дефинитивно окончан 12. јуна 1925. године, када је Михаило Чубински известио Лукинића да је завршио и преглед грађе „која се односи на посебан део“, чиме је цео посао „потпуно завршен, јер је спремљено све оно, што је потребно, да би се што пре могла одредити ужа комисија“. У оквиру овог извештаја он наводи да су са словеначког подручја приспела многобројна, важна и добро образложена мишљења, и да је све то допринело успоравању поступка њихове обраде. Додатне потешкоће стварала је и чињеница да су одређене институције и појединци своје анализе текста нацрта слали и током 1924. и 1925. године. Овим елаборатом др Чубински је изразио и своје неслагање са наговештеним формирањем уже комисије и узгредно је захтевао спајање кривично-правног одсека и шире комисије. Његов план је био да ова обједињена комисија ради на утврђивању дефинитивног текста Кривичног законика, али и на прописима о иступима и извршењу казни, јер су по речима др Чубинског ове норме „у најтешњој узајамној вези, те морају бити у потпуној сагласности и хармонији“.⁸³

5. ПРЕДЛОГ КАЗНЕНОГ ЗАКОНИКА ЗА КРАЉЕВИНУ СРБА, ХРВАТА И СЛОВЕНАЦА У СКУПШТИНСКОЈ ПРОЦЕДУРИ

Анализом свих материјала чланова шире комисије, позваних појединаца и установа и сачињавањем извештаја, којим се сажето презентује њихова садржина, остварене су претпоставке за коначно уређење кривичноправне области у новоствореној држави. Најзначајнији кораци у том правцу предузети су у мандату Министарског савета, који је трајао од јула 1925. године до априла наредне године,

83 Цитати преузети из два извештаја проф. др Михаила Чубинског од 27. априла и 12. јуна 1925. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1925; Број фасцикле 37. На самом крају другог извештаја Чубински похваљује рад инспектора у Министарству правде, Јосифа Кавчића.

с обзиром на то да се текст законика нашао у скупштинској процедури. На функцију министра правде враћа се Марко С. Ђуричић и у склопу наставка израде пројекта доноси Решење бр. 66252 којим, упркос противљењима, оснива трочлану „ужу комисију“.⁸⁴ У њен састав су ушли стални чланови кривично-правног одсека Сталног законодавног савета Министарства правде и то: др Никола Огорелица (потпредседник Стола седморице у Загребу), др Божидар Марковић (професор Универзитета у Београду) и др Душан Суботић (председник Касационог суда у Београду). Као основни задатак „уже комисије“ одређен је посао утврђивања дефинитивног текста Казненог законика, али је министар усвојио и предлог проф. др Михаила Чубинског о потреби заједничког рада на појединим нормама које су „у најтешњој узајамној вези“. Тако је Ђуричић, овим истим решењем, члановима трочлане комисије наложио да „узму у претрес предлоге „Казненог законика“, „Закона о кривично-судском поступку“ и „Закона о иступима“ за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, те да у њима прегледају шта још треба урадити“, како би се „ови закон. предлози могли поднети Народној Скупштини што пре на решење и озакоњење“. Све је ово учињено како би се код ових закона постигла сагласност „у погледу заједничких термина и установа“. Ову одлуку, позивајући се на члан 133. Устава, министар је правдао околношћу да „услед примене неједнаких закона“ у држави настају „штетне последице по правни живот“, те је по њему било „потребно да се са изједначењем законодавства у нашој држави похита“. Овом одлуком су замењена „сва ранија решења Министарства правде о саставу уже комисије“,⁸⁵ а истом је предвиђено да ће се прва седница новоформираног тела одржати 19. октобра 1925. године у Београду. Функцију председника трочлане комисије обављао је др Душан Суботић.

84 Чубински у својој књизи „Научни и практични коментар Кривичног законика“ критикује препуштање рада на дефинитивном тексту законских пројеката ужој комисији. Образлажући своје неслагање, он наводи да у „целом свету пројекте нових законика израђују уже комисије, а дефинитивну редакцију дају шире комисије“, док је оваквом одлуком министра, Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца постала негативан пример. У наставку Чубински наводи да је комисија успела да изврши поједина термилошка усаглашавања и попуни правне празнине, али је и донела извесне измене и допуне које су противне већинском мишљењу чланова кривично-правног одсека и шире комисије, мислећи на промене у оквиру групе кривичних дела против имовине и на укидање полицијског надзора у „поправљеном пројекту“. М. Чубински, *Научни и практични коментар*, 9.

85 Решење (66252) министра правде Марка С. Ђуричића од 13. октобра 1925. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1925; Број фасцикле 37.

Њено прво заседање, од укупно два, је трајало од 19. октобра до 07. новембра 1925. године. Према извештају са ових састанака⁸⁶ комисија је успела да заврши рад на предлогу Закона о кривично-судском поступку и општем делу Казненог законика, док је преостали посао остављен за наредну седницу. Друго заседање трочлане комисије трајало је од 21. децембра до 5. јануара 1926. године. Том приликом, посао на изради дефинитивног текста Казненог законика, Закона о кривично-судском поступку и Закона о иступима је окончан. Почетком 1926. године „Комисија за израду пројекта Казненог закона“ је известила министарство да су „свршили и посао дактилографисања“, те су послали оригинални примерак, са потписима свих чланова комисије, и други рукопис намењен за слање „Народној Скупштини ради штампања“.⁸⁷

Поредећи „поправљени пројекат“ из 1926. године,⁸⁸ како га је називао Чубински, са нацртом „Казненог законика“ из 1922. године, може се закључити да је он претрпео мање модификације, упркос многобројним сугестијама садржаним у мишљењима. Трочлана комисија се одлучила да законик подели у два одсека: општи и посебни. Поред ове основне, у „поправљеном“ нацрту сусрећемо и поделе на насловљене главе (укупно њих XXVII). Новину, поред систематизације на одсеке, представља и увођење подналова у оквиру појединих глава. Када је реч о општем делу, није дошло до већих одступања. Из уводних одредаба, у другу главу⁸⁹ су пребачене норме које говоре

86 Извештај трочлане комисије од 31. октобра 1925. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1925–1926; Број фасцикле 37. На састанку 4. новембра 1925. године комисија је донела једногласну одлуку да се наредна седница одржи 21. децембра. Министар правде је ту одлуку потврдио својим Решењем (81231) од 14. децембра 1925. године. Питање хонорара чланова комисије је решено на основу одлуке министра (71168) од 4. новембра 1925. године (исплаћено Марковићу и Суботићу по 5.000 динара, а др Николи Огорелици 11.400 динара) и Решења (6049) од 29. јануара 1926. године, којим је предвиђена исплата 30.640 динара др Огорелици, док је за осталу двојицу одређена исплата 25.000 динара. Комисија је министра обавестила о коначном завршетку рада на пројектима закона извештајем од 5. јануара 1926. године.

87 Извештај председника комисије др Душана Суботића од 22. јануара 1926. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 102; Година 1926; Број фасцикле 34.

88 Предлог Казненог законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, Службено издање Министарства правде, Државна штампарија Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Београд 1926.

89 Преостале главе општег дела су насловљене на следећи начин: III „Казне“, IV „Мере безбедности“, V „Одмеравање казни“, VI „Стицај више казних закони-

о деоби кривичних дела („Кривично дело и учинилац“). Том главом су сада обухваћене и норме о „погодби кривичне одговорности“ и кажњивости (дефинисање умишљаја, нехата, стварне и правне заблуде), малолетницима, подстрекавању, помагању, и норме о покушају. Поред промена у систематизацији првог одсека, приметне су и мање језичке измене. Идентичне интервенције су присутне и у специјалном делу, уз замену редоследа појединих група кривичних дела, промену наслова (нпр. ранија глава XXV „Кривична дела против јавног здравља“ је преименована у „Кривична дела против општег здравља“ XXII), спајање глава (обједињене су две групе кривичних дела из главе XXIII „Кривична дела против личне слободе“ и XXIV „Кривична дела против личне сигурности“ у једну главу, XXI, под насловом „Кривична дела против личне слободе и сигурности“), увођење подналова у групу кривичних дела против имовине (поднасловима су обухваћене норме о: крађи и утаји, разбојништву и изнуди, превари и банкротству, лихварству, играма на срећу и оштећењу туђих ствари и имовинских интереса) и уз брисање XXXI главе пројекта из 1922. године („Кривична дела свештеника против службене дужности“). Само два кривична дела из ове групе су преузета и сврстана у кривична дела против службене дужности. Уважавајући критике стручњака о мултиконфесионалности Краљевине, ужа комисија је заменила израз „свештеник“ термином „верски представник“, уз задржавање његове кажњивости у три случаја: ако „не уведе у књиге венчања, смрти и рођења“ (чл. 386), ако венча лица „између којих брак по закону није допуштен“ (чл. 387) и ако „за политичке циљеве употреби своју духовну власт“ (чл. 388). Током рада на „поправљању пројекта“ нису узете у обзир многобројне примедбе, чак ни оне најбројније, попут протеста свих правних стручњака са подручја Босне и Херцеговине, о неопходности уважавања специфичности муслиманских прописа о браку. Члан 285. је остао суштински непромењен.

По пријему коначног рукописа Његово величанство краљ Александар I Карађорђевић је Указом бр. 10877 од 16. фебруара 1926. године, по предлогу министра правде, а након саслушања Министарског савета, овластио Марка С. Ђуричића да поднесе Народној Скупштини Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца „на решавање“ Предлог казненог законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца. У наредна два дана Ђуричић предаје у скупштинску процедуру предлог закона уз молбу да се о њему, имајући у виду потребу што бржег

ка и кривичних дела“, VII „Условна осуда“, VIII „Кривична дела осуђеника“, IX „Застарелост“, X „Одобрење, предлог и приватна тужба“ и једанаеста глава је насловљена са „Повраћај права (рехабилитација)“.

изједначења законодавства, одлучује „по краћем поступку, предвиђеном чланом 133. Устава“.

Пропратним актом Ђуричић је обавестио председништво Народне скупштине да ће образложење предлога закона и сва „потребна објашњења“ дати „усмено, приликом претреса његовог у Законодавном одбору, Владин повереник г. др Душан Суботић, председник Касационог суда у Београду, који је на овом законском предлогу као члан комисије радио“.⁹⁰

До застоја у претресу законског предлога долази зато што је, по закључку Секције Законодавног одбора Народне скупштине, сам текст законика био мањкав. Наиме, чланови овог скупштинског тела захтевали су од ресорног министарства да наложи члановима комисије „да се прелазна наређења што пре израде и доставе у рад Законодавном одбору, односно Секцији“. Министар је одмах по пријему дописа Секције, упутио молбу председништву Народне скупштине „да се рад на претресу предлога Казненог закона за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, код Законодавног одбора, одмах настави, како би се што пре дошло до озакоњења“ и обавештење да је „предузео нужне мере и члановима комисије саопштио, да израде што пре прелазна наређења“.⁹¹

Комисија за израду предлога казненог законика убрзо је израдила „прелазна наређења“, о чему је др Суботић известио заступника Министарства правде Милана Симоновића.⁹² Законском предлогу су

90 Указ Његовог величанства краља Александра I Карађорђевића (10877) од 16. фебруара 1926. године и пропратни акт министра правде др Душана Суботића од 18. фебруара 1926. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 102; Година 1926; Број фасцикле 34.

91 Дописи Секције Законодавног одбора Народне скупштине (акт 54) и министра правде од 8. и 20. маја 1926. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1926; Број фасцикле 37. Према подацима садржаним у архивској грађи до успоравања поступка претреса дошло је и због подношења оставке председника Секције др Лазара Марковића, „због одласка на Конференцију за разоружање“, о чему је министарство обавештено дописом од 20. маја 1926. године (*Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1926; Број фасцикле 37). Судећи по каснијим документима Секције, може се закључити да оставка Марковића није уважена и да је он наставио рад на предлогу.

92 „Ја сам израдио потребна „прелазна наређења која се садрже у члановима 393–401, и која треба сматрати као продужење Предлога Казненог Законика“ – Извештај др Душана Суботића заступнику министра правде Милану Симоновићу од 23. јуна 1926. године и у наставку цитати преузети из рукописа „прелазних наређења“, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63;

придодате одредбе (укупно 9 чланова од 393. до 401.) следеће садржине: члан 393. говори о ступању закона „у живот по истеку једне године од дана када га Краљ потпише“, члан 394. прописује да се овим законом „укидају сви општи Казнени законици издати раније за поједине територије садашње Краљевине“, члан 395. утврђује престанак важења „свих других закона и законских прописа“ који регулишу „исту правну материју“, чланом 396. констатује се наставак важења норми Војног казног законика Краљевине Србије (1919. године његово правно дејство проширено на целу територију Краљевине) и Закона о штампи, при чему у односу на оба ова закона „овај Законик има служити за основицу у погледу општих начела“, чланом 397. прописују се мање измене Војног казног законика, чланом 398. мање измене Закона о штампи, усвајањем предложеног члана 399. дошло би до укидања појединих одредаба Закона о заштити јавне безбедности и поретка у држави, донетог 2. августа 1921. године (предложено брисање чланова 1, 2, 6, 7, 8 и 9, из првог одељка и члана 19. другог одељка), чланом 400. предвиђено је да уколико законом поједина кривична дела нису санкционисана, онда може доћи до наставка важења „локалних закона“ који дато дело инкриминишу, и чланом 401. заповеђено је властима да по овом закону „поступају, а свима и свакоме да му се покоравају“.

Одлуком Законодавног одбора Народне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца за председника Секције је изабран др Лазар Марковић, а за секретара др Банковић. Преостали чланови овог скупштинског тела били су: В. М. Поповић, др Александар Мијовић, Андреј Келемина, М. С. Московљевић, Ђура Крцалић и др Хоџар. Секција је претрес Предлога казног законика започела 27. априла, а свој рад коначно је завршила 26. јуна 1926. године. Укупно је до тада одржано тринаест седница. Међутим, како су прелазне одредбе накнадно израђене, било је неопходно да се закаже још један састаanak Секције, који је и одржан 29. октобра исте године. Приликом корекције предлога, по речима Марковића, водило се рачуна „како о извесним утврђеним принципима модерне науке Казног права, тако и о објашњењима која је дао Владин делегат г. др Душан Суботић“. Свесни чињенице да је честа пракса да се законски текстови, који су резултат рада правничке струке, деградирају каснијим интервенцијама народних представника у легислативној власти, који у највећем броју случајева немају ни основног правничког образовања, чланови Секције су у извештају навели да су се трудили „да не покваре ни онај ред, ни ону логику, ни ону доследност, са којом су редактори овога пројекта саставили нови Казнени Законик“. Навели су да су готово у

Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 113; Година 1925; Број фасцикле 37.

целини прихватили предложени закон „нашавши да је он добро израђен и да представља не само један напредак у погледу изједначања нашег казненог законодавства, него и да по квалитету означаје добит за нашу администрацију и наше судство“. Имајући све то у виду, Секција је предложила Законодавном одбору да изврши измене и допуне предлога „ситнијег значаја или редакцијске природе“. Промене већег обима они врше код норми којима се регулише извршење казни. Тако се залажу да се извршење смртне казне не врши вешањем, већ стрељањем, водећи рачуна „о народним назорима и схватањима, верујући да је овај начин извршења казне прикладнији за нашу земљу“. Секција је предложила да се код казне лишења слободе, укине вечита робија и замени робијом до 20 година. У оквиру извештаја се износи и специфично тумачење уставне одредбе која гарантује шефу државе право помиловања, сматрајући да би се задржавањем „вечите робије“ ово право краља ограничило, те констатују „да се законом не може ограничавати право помиловања које је Уставом нормирано“. Код одмеравања казне (члан 59.) сугерисали су брисање става 3. зарад поштовања начела једнакости грађана пред судовима. У погледу одредаба главе VII, које су представљале покушај уређења условне осуде, чланови Секције су остали на позицијама предлога закона, да се овај институт може применити код свих кривичних дела, притом „одбацивши предлог знатне мањине, која је хтела да ограничи примену условне осуде само на мање важна кривична дела“. У закључку овог елабората наводи се „да је испитивање поменутог пројекта вршено са свом потребном пажњом и без икакве примесе партијских или других момената“, те је стога Законодавном одбору предложено „да прими законски предлог како га је он усвојио“.⁹³ На седницама Законодавног одбора, одржаним крајем 1926. и почетком 1927. године, већина предложених измена и допуна није усвојена, те је одбор одлучио да остане при верзији рукописа трочлане комисије.

6. ЗАКЉУЧАК

Премда је кривично-правни одсек Сталног законодавног савета Министарства правде пред собом имао већ готов текст пројекта законика из 1910. године, рад на законнику је трајао непотребно дуго. Узрок томе првенствено лежи у самом поступку његове израде, садржини упућених критика и у политичким околностима.

93 Извештај Секције Законодавног одбора Народне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 27. априла 1926. године, *Архив Југославије*; Фонд: Министарство правде КЈ; Број фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 102; Година 1926; Број фасцикле 34.

Почевши од оснивања прве уже комисије, преко формирања Сталног законодавног савета и кривично-правног одсека, одређивања чланова шире комисије, доставе нацрта на изјашњење адресатима из решења 47400 од 9. септембра 1922. године, ангажовања Михаила Чубинског са задатком анализе и сажетог презентовања садржине упућених елабората, конституисања трочлане комисије ради усаглашавања дефинитивног текста и упућивања пројекта у скупштинску процедуру, све је водило компликовању процедуре.

Усложњавању поступка израде додатно је допринела многобројност и квалитет упућених критика, јер су позване установе и правни стручњаци углавном износили низ примедба мањег значаја. Оне су се тицале номотехничких решења, распона казни или систематизације. Презентовањем садржине изнетих критика и њиховим поређењем са текстом предлога из 1926. године и законика из 1929. године, јасно се може закључити да оне нису имале већег утицаја на текст законика. То се најбоље види на примеру кривичног дела двобрачности (члан 285.) где је постојао консензус свих институција и правних стручњака са подручја Босне и Херцеговине, да је неопходна измена предложеног члана, све због специфичности закључења брака у исламу, а који је остао непромењен. Овакво неуважавање изнетих критика свакако јесте и последица компликоване процедуре, која је предвиђала концизно приказивање свих мишљења у форми извештаја од стране једног човека, а који је касније тако филтриран достављан члановима комисије који су радили на самом тексту законика. Да су аутори законика непосредно анализирали садржај критика свакако би посао на изради законика дуже потрајао, али би извесне примедбе биле усвојене.

Када је реч о утицају политичких збивања на поступак унификације, могу сагледати из две перспективе. Као прво, у сфери егzekутивне власти приметне су сталне турбуленције, јер иако су избори за народне посланике одржани само 1923. и 1925. године, у периоду од оснивања Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца 1918. године па све до упућивања законског предлога у скупштинску процедуру, укупно је промењено седамнаест Министарских савета.⁹⁴ Уз сталне смене влада и министара правде несумњиви допринос одуговлачењу дали

94 Упркос несумњивом значају који би унификација кривичног права, али и права уопште, имала на успостављање веће кохезије у држави, из записника са седница које су у наредним годинама одржаване можемо приметити да је питање елиминисања правне разноликости било споредно и само се повремено налазило на дневном реду. Више о томе видети: Никола Жутић, Љубодраг Димић и Благоје Исаиловић, *Законски са седница Министарског савета Краљевине Југославије*, Службени лист, Београд 2002.

су и међунационални сукоби.⁹⁵ Њихови зачеци сежу у деветнаести век и везани су за постојање различитих концепција јужнословенског јединства, а своју пуну кулминацију достижу у расправама о облику државног уређења, пре проглашења „јединственог Краљевства“, али и у поступку доношења устава.

Наспрам свих ових потешкоћа стајала је потреба за унификацијом кривичноправних норми, која је од стране владајућих структура посматрана и као фактор у постизању додатне кохезије новооформљене државе. Поред нужности изједначења прописа, одлучујући подстрек за доношење новог законика представљао је и развој науке кривичног права током друге половине XIX и у првим деценијама XX века. Њиме је створена потреба за доношењем новог кривичног законика, у који је требало да буду инкорпорирани сви новонастали институти. Они су били плод расправа представника различитих школа, почевши од класичне, која је скоро целокупну своју пажњу усредредила на питање злочина, уз потпуно занемаривање околности које доводе до извршења кривичног дела. Интересујући се управо за те факторе прво се оснива криминално-антрополошка школа, која је узроке појаве „злочинца“ видела у одређеним урођеним чиниоцима, да би након тога настала и школа „научног социјализма“, везујући се за друштвено класне узрочнике. Превазилазећи ове крајности и заузимајући компромисне позиције, свој допринос даљем развоју науке кривичног права дале су нео-класична и социолошка школа.⁹⁶

Утицај на формулисање кривичноправних норми у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца ове школе су вршиле индиректно, путем иностраних кривичних законика у које је уткано њихово учење. Већ први српски кривични законик у XIX веку за своју основу има пруски законик, који је суштински био копија француског. Уплив учења разних школа извршен је на домаће законодавство и приликом писања претпројекта из 1910. године, код кога смо наишли на зависност од норвешког и руског законика, док је пројекат из 1922. године био рађен по угледу на швајцарски законик из 1918. године. И код предлога законика из 1926. године, који ће уз делимичне модифика-

95 Поред међунационалних сукоба у контексту утицаја политичких збивања треба поменути и појаву разних тоталитарних идеологија, првенствено комунизма и фашизма, са којима се суочавала и Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца. По речима професора Слободана Јовановића оне нису биле ништа друго него „ново издање макиавелизма.“ Слободан Јовановић, *О тоталиитаризму*, Савез српских задруга „Ослобођење“, Париз 1954, 8.

96 Више о развоју науке кривичног права видети: М. Чубински, *Проблем изједначења права у уједињеном Краљевству Срба, Хрвата и Словенаца и основне одредбе пројекта српског Казненог законика*, Геца Кон а.д, Београд 1921, 9.

ције бити озакоњен 1929. године, приметан је утицај аустријског, немачког и чешког законика, када је реч о систематизацији.

Поред анализе утицаја иностраних решења на домаће законодавство инсистирали смо на презентовању свих континуитета и дисконтинуитета које су доносили претпројекат, пројекти и предлог у односу на законик из 1860. године. Навешћемо само пример првобитног одступања од трихотомије кривичних дела у српском пројекту из 1910. године, да би се касније приликом писања пројекта из 1922. године аутори вратили првобитној подели, при чему је требало да нацртом кривичног законика буду инкриминисани злочинства и преступи, а иступи би били препуштени засебној законској регулативи. Овим радом су предочена мишљења чланова различитих комисија којима се они углавном негативно изјашњавају о задржавању смртне казне, а која је задржана упркос њиховом неслагању. Занимљиво је да су се у првој ужој комисији од четири члана, чак три изјаснила негативно или уздржано поводом ове кривичне санкције, а да је она упркос томе несметано опстала чак и у поправљеном тексту пројекта из 1911. године, па све до озакоњења из 1929. године. За разлику од континуитета који је постигнут задржавањем смртне казне, уз промену начина извршења, код појединих института, као што је нпр. полицијски надзор можемо уочити супротан процес. Наиме, он је у српском пројекту са мањим изменама преписан из „Казнителног (криминалног) законика за Књажество Србију“, да би се каснијим интервенцијама свео на једну од мера безбедности („заштитни надзор“), што свакако представља позитиван помак у односу на тада важеће решење. Поједини институти свакако нису постојали у српском кривичном праву деветнаестог века. Тако се мере безбедности по први пут појављују, заједно са казнама, у пројекту из 1911. године и касније се може пратити њихов развој све до коначног озакоњења. Предлогом из 1926. године је постигнут напредак у односу на законик из 1860. године додатним прописивањем и прецизирањем низа одредаба, почевши од нужне одбране, крајње нужде, стварне и правне заблуде, дефиниције и степеновања умишљаја и нехата, одговорности малолетника, покушаја, застарелости и класификацији казни, па све до темељне инкриминације појединих дела у посебном делу предлога.

Свакако ће кључни догађај у поступку унификације бити увођење шестојануарске диктатуре 1929. године. „Уклањањем посредника између краља и народа“ створене су све претпоставке да се поједностављеним поступком (на основу Закона о краљевској власти и врховној

државној управи)⁹⁷ озакони донекле измењен и допуњен предлог из 1926. године. Његово величанство краљ Александар I Карађорђевић ће указом од 27. јануара 1929. године „прописати и прогласити Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца“.⁹⁸ Њиме је у правни живот Краљевине укључен читав низ установа које су биле до тада непознате, не само правном систему на подручју Србије, већ и праву у земљама „независне државе Словенаца, Хрвата и Срба“. Овим иновацијама начелно се одустало од трихотомије кривичних дела, озаконене су мере безбедности, условна осуда, створени услови за индивидуализацију казне применом одредаба о „одмеравању казне“ и уведен институт рехабилитације. Имајући за своју основу „српски пројекат“, уз несумњиви утицај немачких нацрта из 1925. и 1927. године и учења неокласичне школе, југословенски кривични законик је донео мноштво решења чији је квалитет потврђен протеком времена и присутношћу у сада важећим кривичноправним нормама Републике Србије.

БИБЛИОГРАФИЈА

ИЗВОРИ:

1. Архивска грађа:

Архив Југославије; Фонд Министарство правде КЈ; Бр. Фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 102–103; Година: 1912–1936; Бр. фасцикле: 34;

Архив Југославије; Фонд Министарство правде КЈ; Бр. Фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 104–106; Година: 1923–1937; Бр. фасцикле: 35;

Архив Југославије; Фонд: Министарство правде КЈ; Бр. Фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 110–114; Година: 1919–1932; Бр. фасцикле 37;

Архив Југославије; Фонд Министарство правде КЈ; Бр. Фонда: 63; Орг. јединица: Законодавно одељење; Група, подгрупа: АЈ 120–123; Година: 1920–1940; Бр. фасцикле: 39.

97 Шестојануарска прокламација, Закон о Краљевској власти и Врховној државној управи, Закон о заштити јавне безбедности и поретка у држави, Закон о изменама и допунама закона о штампи и Закон о измени закона о општинама и обласним самоуправама, *Службене новине Краљевине Срба, Хрватша и Словенаца*, број 06. од 06. јануара, недеља, година XI, Београд 1929, 1 – 3.

98 Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, *Службене новине Краљевине Срба, Хрватша и Словенаца*, Година XI – 1929. Бр. 33.-XVI, од 09. фебруара, субота, Београд 1929, 157 – 186.

2. Истраживачка грађа:

Претпројекти, пројекти и предлог законика:

Пројекат и мојиви Казненој законика за Краљевину Србију, Службено издање министарства правде, Београд 1910;

Пројекат Казненој законика за Краљевину Срба, Хрватиа и Словенаца са крайким објашњењима, Службено издање Министарства правде, Државна штампарија Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Београд 1922;

Предлој Казненој законика за Краљевину Срба, Хрватиа и Словенаца, Службено издање Министарства правде, Државна штампарија Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Београд 1926.

Правни прописи:

Уредба о уређењу Министарства правде, Службене новине Краљевства Срба, Хрватиа и Словенаца, број 168 од 23. децембра, уторак, Београд 1919;

Шестојануарска прокламација, Закон о Краљевској власти и Врховној државној управи, Закон о заштити јавне безбедности и поретка у држави, Закон о изменама и допунама закона о штампи и Закон о измени закона о општинама и обласним самоуправама, Службене новине Краљевине Срба, Хрватиа и Словенаца, број 06. од 06. јануара, недеља, година XI, Београд 1929;

Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, Службене новине Краљевине Срба, Хрватиа и Словенаца, Година XI – 1929. Бр. 33.-XVI, од 09. фебруара, субота, Београд 1929.

Josip Šilović i Stanko Frank, Krivični zakonik za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca – popraćen bilješkama, Jugoslovenska štampa D.D, Zagreb 1929.

ЛИТЕРАТУРА:

Metod Dolenc, Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije, Tisak «Tipografija» D.D, Zagreb 1930.

Тома Живановић, Основи Кривичној љрава – оишћи гео, Геца Кон а.д, Београд 1922.

Тома Живановић, Кривични законик и закон о судском кривичном љосћујуку, Штампарија „Гундулић“, Београд 1930.

Тома Живановић, Основи Кривичној љрава Краљевине Јујославије – оишћи гео, Штампарија „Гундулић“, Београд 1935.

Тома Живановић, Основи Кривичној љрава Краљевине Јујославије – љосебан гео, Штампарија „Гундулић“, Београд 1935.

Никола Жутић, Љубодраг Димић и Благоје Исаиловић, Зайисници са сегодњица Минисћарској саветиа Краљевине Јујославије, Службени лист, Београд 2002.

- Nikola Ignjatović, Boško Đurđev i Mihajlo Kupusarević, *Praktični rukovodnik novog Krivičnog zakonika*, štamparija «Oblasti Bačke», Zagreb 1930.
- Слободан Јовановић, *О италијанизму*, Савез српских задруга „Ослобођење“, Париз 1954.
- Василије Крестић, *Српско-хрватски односи и југословенска идеја у другој половини деветнаестог века*, Нова књига, Београд 1988.
- Љубомирка Кркљуш, *Правна историја српског народа*, Правни факултет Универзитета у Београду-Центар за издаваштво и информисање, Београд 2011.
- Ратко Марковић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2011.
- Зоран Мирковић, *Српска правна историја*, Правни факултет Универзитета у Београду – Издавачки центар, Београд 2017.
- Светозар Прибићевић, *Диктатура краља Александра*, Просвета, Београд 1952.
- Мирјана Стефановски, *Идеја хрватског државног права и стварање Југославије*, Правни факултет Универзитета у Београду – Издавачки центар, Београд 2008.
- Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду – Правна књига, Београд 2013.
- Душан Суботић, *Шест основних проблема Кривичног права*, Геца Кон а.д, Београд 1933.
- Михаило Чубински, *Проблем изједначења права у уједињеном Краљевству Срба, Хрвата и Словенаца и основне одредбе пројекта српског Казненог законика*, Геца Кон а.д, Београд 1921.
- Михаило Чубински, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије*, Геца Кон а.д, Београд 1934.

Miloš Z. KNEŽEVIĆ, LL.M.*

WORK ON THE UNIFICATION OF MATERIAL
CRIMINAL LAW OF THE KINGDOM OF SERBS,
CROATS AND SLOVENES – FROM THE 1910 PROJECT
TO THE 1926 DRAFT PENAL CODE

Summary

One of the critical challenges faced by the newly formed Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes was overcoming legal diversity. For that purpose, several different bodies were formed with the task of unifying criminal law. Our goal was to present the procedure and process of the creation of the criminal code, starting with the preliminary draft from 1910/1911, through the project from 1922, and all the way up to the proposal from 1926, which was passed with minor changes after the introduction of the 6 January Dictatorship. Furthermore, we aimed to demonstrate the influence of the French, Prussian, Norwegian, Russian, and German codes on domestic law and present the development of institutions or the introduction of entirely new institutes in the criminal law of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. Although related to the Kingdom of Serbia, we subjected the Criminal Code's preliminary draft from 1910 to a detailed analysis because it is the core of the proposal from 1926, which was ultimately passed in 1929 with minor changes. With the Criminal Code for the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, the idea of the tripartite division of criminal offenses was abandoned, and the security measures, suspended sentences, the possibility of restitution, and annulment of convictions were introduced. It is precisely due to the numerous new institutes and the adoption of new approaches in the science of criminal law that this code holds an enormous significance, and it can be said that it represents the foundation of modern Serbian criminal law and the criminal law of all South Slavic peoples.

Key words: *Criminal law. – Unification. – The Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. – Criminal Code. – The Kingdom of Yugoslavia.*

Рад приспео / Paper received: 21.5.2020.

Измењена верзија / Revised version: 12.9.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 16.9.2020.

* Master of Laws in Legal History, milos.knezevic993@gmail.com

This paper is a partly modified and shortened version of Miloš (Zoran) Knežević's master's thesis, "History of the creation of the Criminal Code of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes (Yugoslavia) of 1929", which was defended on March 4th, 2020 at the University of Belgrade Faculty of Law.

UDC 322(497.16)
2-735:347.23(497.16)
322(470)"1921/1922"
2-735:347.23(470)"1921/1922"

CERIF: S114, H165, H250, H300

DOI: 10.51204/HLH_20108A

Николај Г. САПСАЈ*

ПИТАЊЕ ПОЛОЖАЈА ЦРКВЕНЕ ИМОВИНЕ У ЦРНОЈ ГОРИ: ПРИМЕР ИЗ СОВЈЕТСКОГ САВЕЗА 20-ИХ ГОДИНА КАО ОПОМЕНА ЗА ДАНАС

У чланку се методом компаративне анализе разматрају питање положаја црквене имовине у Црној Гори. Кроз историјске примере, са акцентом на питање одузимања црквених драгоцености у Совјетском Савезу 20-их година XX века, указује се на опасности које са собом носи идеја подржављења покрећне и непокретне црквене имовине и драгоцености у секуларној држави са једнопартијским системом под изговором заштите државних или националних интереса. Под истим изговором долази до покушаја формирања нове националне цркве, с тим да се већ постојећа канонска и легитимна црква дискриминише, а верницима ускраћују основна људска права и верске слободе. Да би се ова питања решила цивилизованим путем, неопходно је уредити сјорне законе, ажурирати катастре и заштитила црквена правила.

Кључне речи: Црна Гора. – Црквена имовина. – Совјетски Савез. – Антицрквена кампања. – Национални пројекат.

1. УВОД

Тема која се разматра у овом чланку – питање статуса црквене имовине у Црној Гори, где је до ове године на власти у континуитету од више деценија доминирала једна партија – постала је веома актуелна у последње време, нарочито због дешавања која су последи-

* Аутор је студент мастер академских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, n.sapsaj@gmail.com

ца усвајања спорног Закона о слободи вероисповести.¹ О тим дешавањима је још увек рано донети коначни суд. Стога ће се у раду кроз пример одузимања црквених драгоцености у Совјетском Савезу двадесетих година XX века анализирати статус црквене имовине у одређеним државама, где доминира, званично и незванично, једно-партијски систем, и при том указати на опасности које са собом носи покушај њеног одузимања под изговором заштите државних или националних интереса.

2. ЦРКВЕНА ИМОВИНА И ДРАГОЦЕНОСТИ КАО СРЕДСТВО ЗА ФИНАНСИРАЊЕ ДРЖАВНИХ ПРОЈЕКТА

„Пут до пакла поплочан је добрим намерама.“

Блажени Августин

2.1. Црквена имовина у Совјетском Савезу 20-их година XX века

За време и после Првог светског рата Русија је доживела нападе и споља и изнутра, што је резултирало почетком грађанског рата, током којег су и војске других држава покушале да интервенишу и обуставе делатност револуционара. Услед свих ратова, финансирања револуција и временских неприлика које су затим уследиле,² 1921. године на територији јужног Урала, региона Волге, Кавказа, Крима и јужне Украјине услед недостатка хране настаје глад огромних размера.³

Пошто није било у могућности да се избори са овим проблемом, ново руководство државе тражило је начине да добије средства за куповину неопходних намирница од страних држава. Под изговором да држава нема довољно средстава за помоћ гладнима⁴ решено је било да се за тај племенити циљ одузму драгоцености од оних који се јавно залажу за помоћ сиротињи, тј. од Цркве, која је, како

1 Закон о слободи вјероисповијести или увјерења и правном положају вјерских заједница, *Службени лист ЦГ*, бр. 74/2019.

2 Као један од начина добијања финансијских средстава, совјетске власти су од грађана узимале намирнице, остављајући им само неопходну количину, а слободна трговина је сматрана кривичним делом. (Андрей А. Кострюков, *Очерки о Русской Церкви (1917–2008): Учебное пособие*, ПСТГУ, Москва 2018, 52)

3 Дмитрий Н. Никитин, „Изъятие церковных ценностей“, *Православная энциклопедия*, т. XXI, Москва 2009, 661–668.

4 Сергей Н. Иванов, „Церковное серебро в денежной реформе 1922–1924 гг.“, *Весник ПСТГУ. Сер. II: История. История Русской Православной Церкви*. Вып. 6 (67) 2015, 38–63.

су сматрали, имала толико богатство да је могла две године да их прехрањује.⁵ С обзиром на то да су храмови за време царева и царица богато даривани драгоценим камењем и металима, нарочито златом и сребром, ново државно руководство је решило да, у договору са представницима Цркве, драгоцености из храмова искористи за помоћ онима којима је то било најпотребније.

Ова кампања, која на први поглед подсећа на делатност Робина Худа, у суштини није била толико човекољубива, колико антицрквена. У наставку ће бити сагледано на који начин је црквена имовина била одузимања и у којој мери је кампања одузимања црквених драгоцености оправдала очекивања комунистичке власти.

2.2 Кампања одузимања црквених драгоцености

После доласка большевика на власт ново руководство је усвојило акт „о одвајању цркве од државе и школе од цркве“,⁶ на основу кога су све религијске организације изгубиле право на сопствену имовину (њихова имовина је национализована), као и статус правног лица, што је био случај и са Руском православном црквом (даље у тексту – РПЦ). Будући да совјетске власти нису желеле само да ограниче делатност Цркве, већ и да је потпуно избаце из новог комунистичког друштвеног поретка, оне су покушале да на сваки могући начин угуше РПЦ и препусте је забраву.⁷ Власти су РПЦ сматрале институцију која је била уз претходни, царски режим. С обзиром на то да је народ још увек био богобојажљив и да није постојала шира подршка за гушење РПЦ, власти су тражиле адекватан разлог и погодан тренутак да се она за нешто окриви и физички уништи.

Када је настао проблем са недостатком средстава за куповину намирница, комунистичке власти су у томе виделе добру прилику да одузму црквену имовину и драгоцености, уз изговор да чине добро дело. Ипак, нашли су се у дилеми – на који начин да легализују одузимање драгоцености од РПЦ и искористе те драгоцености за своје потребе? РПЦ није била правни субјект, стога формално није могла да буде сарадник у том процесу, па чак ни да волонтира као добротворна организација.

5 Михаил В. Горев, *Голод и церковные ценности*, Высш. воен. ред. Совет, Москва 1922.

6 Декрет РСФСР от 23.1.1918, „Об отделении церкви от государства и школы от церкви“, *Газета Рабочей и Крестьянской Правительств* № 15, 23/1/1918.

7 То је већ било покушано уз помоћ кампање дискредитације Цркве путем отварања моштију и затварања манастира. (Владимир Ф. Козлов, „Вскрытие мощей“, *Православная энциклопедия*, т. IX, Москва 2005, 719–721.)

Пошто су последице глади узеле великог маха, Највиши централни извршни комитет⁸ је 8. децембра 1921. године донео решење којим је дозвољено да новоформирани Црквени комитет сакупи средства за гладне, али је тек 1. фебруара 1922. године био усвојен указ „о могућем учешћу свештенства и црквених заједница у помоћи гладнима“,⁹ с тим да је процес прикупљања средстава контролисао државни Комитет за помоћ гладнима.¹⁰

Још током децембра 1921. године представници Комитета за помоћ гладнима преговарали су са Патријархом Тихоном о могућности давања црквених драгоцености за потребе гладних. Патријарх је на то пристао, али је додао да постоје предмети које Црква по канонима не може да да чак ни у добротворне сврхе. С тим у вези, Патријарх је 6. фебруара 1922. године написао посланицу верницима у којој их позива да дају добровољни допринос и дозволио свештенству и парохијским центрима да у добротворне сврхе дају црквене драгоцености које нису за богослужбену употребу.¹¹

Међутим, како се после испоставило, власт је имала и своје амбиције. У то време, на иницијативу Троцког, била је планирана упоредна кампања за насилно одузимање црквених драгоцености. Почетак кампање одузимања црквених драгоцености започет је јануара 1922. године усвајањем Указа о ликвидацији црквене имовине,¹² којим је формално требало да се централизује попис црквене имовине.¹³

У следећем месецу, 23. фебруара, објављен је акт „О процесу одузимања црквених драгоцености, које користе групе верника“,¹⁴ у коме се наводи да ће се одузети све драгоцености које су дате верницима свих религија, у виду драгог камења, злата, сребра, како би биле прослеђене за помоћ гладнима. Овим је власт, иако се руководство Комитета претходно договорило са Патријархом да то неће чини-

8 *Высший центральный исполнительный комитет* – био је највиши законодавни, административни и ревизорски орган Руске Совјетске Федеративне Социјалистичке Републике од 1917. до 1937.

9 „Положение о возможном участии духовенства и церковных общин в деле оказания помощи голодающим“.

10 Д. Н. Никитин, 662.

11 Михаил Е. Губонин, *Акты Святейшего Тихона, Патриарха Московского и всея России, позднейшие документы и переписка о каноническом преемстве высшей церковной власти. 1917–1943*, ПСТГУ, Москва 1994, 176–177.

12 Постановление о ликвидации церковного имущества. Из протокола заседания Президиума ВЦИК № 1, п. 15 от 2-го января 1922 г. // ГА РФ, ф. 1235, оп. 39, д. 85, л. 2.

13 Д. Н. Никитин, 662.

14 Декрет ВЦИК „О порядке изъятия церковных ценностей, находящихся в пользовании групп верующих“, 23 февраля 1922 г. // *Собрание узаконений и постановлений...* 1922. г, № 19, Москва 1950, 381–382, ст. 217.

ти, дала зелено светло да се одузму и оне драгоцености које имају сакралну вредност за сам култ, што су у случају Православне цркве предмети за вршење богослужења.¹⁵

Видевши да ствари не иду у складу са постигнутим договором, Патријарх Тихон је већ 28. фебруара написао посланицу у којој наводи да је услед ванредног стања допустио да се црквене драгоцености које нису у богослужбеној употреби дају у добротворне сврхе. Нагласио је, међутим, да не може, чак ни у добротворне сврхе, да одобри одузимање богослужбених предмета јер није могао да прекрши каноне Васељенске цркве који забрањују њихову употребу ван богослужења (Ап. 73, Прводруги 10).¹⁶

Симптоматично је и то да, када је у полемикама дошло до позивања на канонско право, атеисти покушавају да користе каноне зарад оправдавања својих циљева. Тако су и представници комунистичке власти наводили као пример из канона да се продаја црквених сасуда одобрава зарад помоћи гладнима и заробљенима.¹⁷

Приликом позивања на каноне требало би увек пазити на прави смисао и контекст тих одредби, које датирају из првог миленијума, јер те формулације могу да добију сасвим друго значење ако се арбитрарно користе у данашње време.¹⁸ Наведени „контраканони“ у ствари говоре да свештене сасуде не би требало другачије залагати или продавати него само за искупљење заробљеника. Такође, у случајевима када су неке породице у великом дугу, црква може, са знањем епископа, да прода неке од сасуда, не све, и да добијену суму да домовима који имају поменуту потребу, како не би продали своју непокретност.¹⁹ Дакле, канони допуштају да се искористе богослужбени предмети, али не на онај начин како су то планирале комунистичке власти у Русији 20-их година XX века.

15 Андрей А. Кострюков, *Очерки по Русской Церкви (1917–2008): Учебное пособие*, ПСТГУ, Москва 2018, 53.

16 Вячеслав В. Лобанов, *Патриарх Тихон и советская власть (1917–1925 гг.)*, Русская панорама, Москва 2008, 251.

17 Сергей Н. Иванов, „Святой Патриарх Тихон и изъятие священных предметов из храмов в 1922 г“, *Вестник ПСТГУ. Сер. II: История. История Русской Православной Церкви*, 75/2017, 63.

18 Говорећи о навођењу канона зарад оправдања сопственог тумачења наводних националних интереса Црне Горе, требало би указати и на изјаву садашњег председника Црне Горе који је наводио каноне правдајући намеру да се оснује самостална Црногорска црква (N1 Pressing: Milo Djukanovic, 19.6.2019, <https://www.youtube.com/watch?v=6sXJbBOjXzs&t=1842s>, последњи приступ 2. септембра 2019.)

19 Миодраг Петровић, *Законоправило Святоїа Саве на српскословенском и српском језику*, Епархија жичка, Манастир Жича, Краљево 2004, 704–705.

Позив Патријарха Тихона да се богослужбени предмети не дају комунистичкој власти, чак ни у добротворне сврхе, унео је поделу међу епископе. Већина њих је подржавала Патријарха и његово тумачење канона, али су неки међу њима били против јер су сматрали да канони не забрањују да се чини милосрђе. Патријарх се држао канона и разумео је одговорност према Цркви, док су они који се са њим нису слагали у први план стављали ванредне услове и актуелно совјетско законодавство. Епископи који су били у иностранству и који нису имали непосредан увид у дешавања, међу којима је и Венијамин (Федченков), били су мишљења да је требало дати сасуде држави, а да за то шта ће са њима бити РПЦ није одговорна. Што се тиче односа према канонима, епископ Венијамин је сматрао да су „они писани за мирно време, али у ванредним околностима закони се мењају“.²⁰

Баш у тим „ванредним околностима“ комунистичке власти су посланицу Патријарха доживеле као незаконити чин, усмерен против наредбе комунистичке власти. Посланица је тако искоришћена као оправдање за масовну репресију.

Иако је било планирано да се кампања заврши већ до краја марта 1922. године, услед великог отпора од стране верника и свештенства, власти су морале да обуставе тај пројекат. Како би било створено неопходно негативно мишљење о РПЦ у друштву, приступило се свакодневном спровођењу антицрквене пропаганде. Акција је била усмерена и на Патријарха Тихона, којег су критиковале и поједине владике, али и будући чланови покрета „Жива црква“.²¹

Испоставило се да антицрквена пропаганда није у пуној мери оправдала очекивања, јер је често долазило до сукоба између комисија за одузимање црквене имовине и верног народа. Један од разлога било је и неповерење да ће средства стићи до оних којима су била намењена – до гладних сународника.²²

Како би комунистичке власти спровеле жељену кампању на легалан начин, решено је било да поступак одузимања драгоцености контролишу људи из РПЦ. Али власт је и ту успела да се умеша, јер су на одговарајуће позиције поставили себи лојалне чланове РПЦ. И поред свих покушаја власти да се домогну црквених драгоцености мирним и законитим путем, један сукоб приликом спровођења кампање је

20 Вениамин Федченков, *На рубеже двух эпох*, Отчий дом, Москва 2004, 233.

21 „Живая церковь“ – расколничка групација уз помоћ које су комунистичке власти покушале да разруше Руску православну цркву изнутра (Илья Соловьев, „Живая церковь“, *Православная энциклопедия*, т. XIX, Москва 2008, 168–172). У Југославији је такву улогу у Српској православној цркви имао Савез удружења православних свештеника Југославије.

22 С. Н. Иванов, 69–70.

променио начин њеног вођења. Петнаестог марта 1922. године у граду Шуја, неколико хиљада људи је покушало да се успротиви одузимању црквених драгоцености и богослужбених сасуда из храма Христовог васкрсења. Услед конфронтације и велике тензије, дошло је до оружаног сукоба током којег су припадници Црвене армије отворили рафалну паљбу по верницима, што је резултирало погибијом четворо људи и рањавањем неколико десетина.²³ Из иностранства су стижала мишљења да су жртве током кампање биле непотребне јер, како је сматрао Венијамин (Федченков), оне нису настале због ревности према вери, него због политичког протеста против нове власти.²⁴

Од момента противљења кампањи одузимања црквених драгоцености отворила се перспектива за коначни обрачун са РПЦ. Та тема долази на прво место у врху комунистичке власти, те се предлажу активније и јаче мере санкција према непокорним свештеницима и верницима. С обзиром на то да су верници протестовали против државне антицрквене кампање, власти су окривиле Цркву да се противи добротворној акцији за помоћ гладнима тако што не даје црквене драгоцености. Ове оптужбе су резултирале масовним репресијама и обрачунавањима са представницима РПЦ.²⁵

Иако је много људи положило свој живот за РПЦ током ових репресија (свештеници и верници из града Шује, митрополит петроградски Венијамин и др.), требало би скренути пажњу на чињеницу да је и Патријарх Тихон био у кућном притвору и да је у периоду од краја марта 1922. до априла 1923. године био саслушаван и испитиван. Током процеса вођеног против Патријарха Тихона од стране Државне политичке управе при Народном комесаријату унутрашњих послова, дошло је до поделе мишљења. Трибунал је навео да власт не може да краде своју имовину, јер је црквена имовина била национализована. На то је Патријарх одговорио да по канонима црквена имовина припада Цркви, и додао да црквена имовина у суштини припада Богу, стога њом може да управља јерархија која је одговорна за управљање Црквом. Само Црква и њен предстојатељ могу добровољно да дају црквену имовину и драгоцености.²⁶

Овим се отвара питање: да ли је црквена имовина царева или Божија? Што се тиче овог питања, Кузнецов је говорио о томе да су канони писани у време када су држава и црква били у симфонији,

23 Д. Н. Никитин, 664.

24 В. Федченков, 234.

25 А. А. Кострюков, 55–59.

26 В. Воробьев, Н. Кривова, *Следственный дело патриарха Тихона. Сборник документов по материалам Центрального архива ФСБ РФ, ПСТГУ, Москва 2000*, 137.

те да они не могу да регулишу стање које је настало у Русији када је црквена имовина постала државна.²⁷ С обзиром на то да питање располагања црквеном имовином није најбоље регулисано канонима, Помесни сабор РПЦ 1917–1918. године донео је одлуку којом се хришћанима забрањује учествовање у одузимању храмова и црквених светиња.²⁸

Као одговор на питање зашто се Патријарх Тихон није позвао на решење овог Сабора, може се претпоставити да би познаваоци канонског права из супротног тора навели да та решења нису прихваћена од стране Васељенског сабора, те да канони из првог миленијума, у којима се помиње могућност давања светих сасуда за добротворне сврхе, имају већи ауторитет.

И док су власти наставиле са испитивањем Патријарха Тихона, у исто време су активно спроводиле нови државни пројекат за ослабљење РПЦ: формирање групе лојалних архијереја која би преузела кормило РПЦ – „Жива црква“.²⁹ Припадници тог покрета су незванично већ сарађивали са властима током кампање одузимања црквених драгоцености, а формално су наставили сарадњу одмах после завршетка кампање. Унутрашњи раскол је после ове кампање додатно ослабио Цркву, већ доста ослабљену дотадашњом репресијом.

У овом случају је секуларна држава прво донела закон којим је РПЦ, као империјалистичка организација, издвојена из „новог друштва“, а њена имовина национализована. Затим, услед ванредног стања у држави, власт је покушала да одузме црквене драгоцености и богослужбене предмете и да их искористи за, наводно, добротворне циљеве. Тој кампањи је доста допринела антицрквена пропаганда, делатност свештенства лојалног властима и чињеница да је РПЦ пре револуције била једна од институција царског режима.

Резултати ове кампање, која се званично завршила крајем маја 1922. године, нису оправдали очекивања власти, јер се испоставило да вредност сакупљене имовине није износила сто милиона златних

27 Ibid., 222.

28 *“Никто из православных христиан под страхом церковного отлучения да не дерзнет участвовать в изъятии святыных храмов, часовен и священннх предметов, в них находящихся, из действительного обладания Святой Церкви <...> да будет ведомо, что Церковь Православная дорожит своими святынями по их внутреннему значению, а не ради материальной ценности, и что насилия и ионения бессильны отнять у нее главное сокровище — свящую веру...” Собрание определенных и постановлений Священног Собора Российской Православной Церкви, 1917–1918 гг., Новоспасский монастырь, Vol. 4, 1994, 30.*

29 И. Соловьев, 168–172. Тај покрет је, иначе, био признат од стране Васељенске патријаршије, тако да уопште не чуди да је Синод васељенске патријаршије донео одлуку да се призна и „Православна црква Украјине“. (Уп. А. А. Кострюков, 73.)

рубаља, колико је било најављивано, већ мало више од четири и по.³⁰ Чак и после званичног завршетка, припадници власти су још неколико месеци спроводили ову кампању и одузимали црквену имовину. Иако кампања у финансијском погледу није донела жељене резултате, она је ипак испунила своју главну намену – њоме је нанет разарајући ударац РПЦ.

Неколико деценија након ових догађаја, истраживачи су кроз приступ архивској грађи добили увид у то на шта су средства из кампање потрошена. Испоставило се да је већина средстава била потрошена за финансирање антицрквене пропаганде. Средства су била искоришћена и за рачун партије и, по налогу Троцког, за финансирање војске. Дobar део средстава био је искоришћен и за личне потребе државних званичника.³¹

Читав век од догађаја у Совјетском Савезу, тема црквене имовине актуелна је и на нашим просторима. Највише се то питање тиче Црне Горе, где се повела расправа о томе да ли црквена имовина припада Српској православној цркви или држави Црној Гори.

3. ПРОЈЕКАТ: ЈЕДНА ДРЖАВА – ЈЕДНА ЦРКВА

*„...модела црквених облас̑ти нека следи
їрађанском и државном їорейку“*

(17. правило Халкидонског Сабора)

3.1 Пример Црне Горе данас

Скупштина Црне Горе је, упркос бројним протестима верника и апелима великодостојника других хришћанских цркава, 27. децембра 2019. године усвојила *Закон о слободи вјероисповијес̑ти или увјерења и їравном їоложају вјерских заједница*, који, између осталог, прописује следеће:

„Вјерски објекти и земљиште које користе вјерске заједнице на територији Црне Горе који су изграђени, односно прибављени из јавних прихода државе или су били у државној својини до 1. децембра 1918. године, и за које не постоје докази о праву својине вјерских заједница, као културна баштина Црне Горе, државна су својина. Вјерски објекти

30 Натаљја А. Кривова, *Влас̑и̑ и Церковь в 1922–1923 її. Полиїбюро и ГПУ в бор̑бе за церковные ценност̑и и їолиїическое їодчинение духовенств̑а*, АИРО-XX, Москва 1997, 118.

31 В. В. Лобанов, *Паїриарх Тихон*, 96–99.

који су изграђени на територији Црне Горе заједничким улагањима грађана до 1. децембра 1918. године, а за које не постоје докази о праву својине, као културна баштина Црне Горе, државна су својина.³²

Овако формулисана одредба изазвала је оштру реакцију народа и епископа Митрополије црногорско-приморске и других епархија на територији Црне Горе, врха Српске православне цркве (даље у тексту – СПЦ), других помесних православних цркава, српских политичара и јавности још од када је у мају био представљен у форми предлога закона.³³ Упоредо са доношењем таквог прописа, скупштина и влада Црне Горе, на челу са председником државе, декларисаним атеистом,³⁴ покушавају да на територији Црне Горе створе нову аутокефалну цркву по узору на друге независне државе које имају своје самосталне цркве и да се „ослободе“ од СПЦ која, како наводе, пропагира идеју Велике Србије.³⁵ Пројекат стварања своје цркве, и поред усвајања спорног закона, не наилази на подршку већине становника Црне Горе, који се декларишу као припадници СПЦ. Верници и свештенство Митрополије и других епархија одупирали су се овом антицрквеном закону аргументима, апелима, молитвом и литијама, без физичког обрачунавања и отимања, иако је већ пар пута дошло до физичког обрачунавања припадника полиције са верницима, међу њима и владиком Методијем.

3.2 Примери у другим државама

Слична ситуација се десила почетком прошле године и у Украјини. После остварења државног пројекта и формирања организације „Православна црква Украјине“,³⁶ украјински парламент је усвојио

32 Закон о слободи вјероисповијести или увјерења и правном положају вјерских заједница, *Службени лист ЦГ*, 74/2019, чл. 62.

33 „Овај члан је проблематичан на више начина јер се њиме врши легализација преотимања имовине Српске Православне Цркве на територији њене канонске јурисдикције у Црној Гори од странедемократске и секуларне државе која показује амбицију да постане власник, држалац и корисник сакралних објеката“ (Новица Ђурић, „Може ли закон да омогући одузимање имовине СПЦ“, *Политика*, 21. мај 2019, 4.)

34 По речима Митрополита Амфилохија: „Ђукановић је атеиста који ствара цркву.“ (Велиша Кадић, „Срби ће стражама чувати светиње“, *Вечерње новости*, 10. јун 2019, 5.)

35 N1 Pressing: Milo Djukanovic, 19.6.2019, <https://www.youtube.com/watch?v=6sXJbVOjXzs&t=1842s>, последњи приступ 2. септембра 2019.

36 У јануару 2019. године Васељенски патријарх је доделио Томос тој организацији која је продукт политике тадашњег председника Украјине Петра Порошенка (Николај Сапсај, „Васељенски трон и Украјинска аутокефалија – половична сведочанства и интерпретација докумената“, *Теолошки йојлеги*, LII/2019, 272–273.)

предлог закона бр. 4128 којим се врше измене и допуне „Закона о слободи вероисповести и верским заједницама“.³⁷ Циљ усвојених измена и допуна је био да се озакони отимање имовине Украјинске православне цркве Московске патријаршије (даље у тексту – УПЦ) од стране новоформиране расколничке групације. Иако је предлог наишао на негативне реакције представника УПЦ, врха РПЦ и руских медија, после његовог усвајања почело је активно одузимање и окупирање црквене имовине УПЦ од стране припадника нове организације и десничарских националистичких групација³⁸ и то у држави која је секуларна и тежи ка томе да постане чланица Европске Уније, и у којој се поштује Универзална декларација о људским правима, чији 18. члан гарантује слободу мисли, савести и вероисповести.

Требало би напоменути да је начин поступања државног руководства у Украјини умногоме сличан нама познатијем сценарију државног пројекта авнојевске Југославије, познатом као Македонска православна црква.³⁹ У оба случаја циљ власти је да уз помоћ национализма оснује независну цркву и одвоји је од Цркве која носи назив другог народа, и тиме оснује нови национални идентитет. У случају авнојевске Македоније, примарни задатак је био да се ослаби утицај црквене јерархије из Београда и створи религиозна организација на територији данашње Северне Македоније лојална локалној политичкој елити, која би од државе добила и имовину претходно отету од СПЦ.⁴⁰

У случају Црне Горе постоји закон, који је донела демократска секуларна држава, чији циљ је национализација имовине верских организација, и, истовремено, подршка новој националној цркви, како би се друштво Црне Горе наводно ослободило од утицаја поборника Велике Србије. Све то је још увек у процесу реализације, јер иницијатори овог државног пројекта немају већинску подршку народа.

У Украјини је, пак, остварен државни пројекат демократске секуларне државе – формирање националне цркве, поред већ постојеће канонске Цркве, после којег је усвојен предлог закона којим се омо-

37 Релігійна свобода під загрозою: ВР прийняла проект №4128-д без обговорення з церквами, <https://news.church.ua/2019/01/18/religijna-svoboda-pid-zagrozoju-vr-prijnyala-proekt-4128-d-bez-obgovorennja-z-cerkvami/>, последњи приступ 2. септембра 2019.

38 О чему Синод Украјинске православне цркве Московске патријаршије редовно извештава (Заявление Синода Украинской Православной Церкви о ситуации в Украинском и мировом Православии, *Журнал Московской Патриархии*, Май 2019.)

39 Велиша Ђурић, *Герман Ђорић – патријарх у обезбоженом времену*, књ. 2, Сланци 2012.

40 Велиша Ђурић, „Остварење државног пројекта“, *Вечерње новости*, фелтон, 29. децембар 2017.

гућава да једна верска организација легално отима имовину друге верске организације.⁴¹

У оба случаја да се приметити да је партија на власти, под окриљем национализма и изговором о заштити националног идентитета, покушала да уклони или ослаби канонску структуру Православне цркве у својој држави и створи своју цркву, која би била у складу са режимском политиком. Током спровођења идеје о стварању нове националне религиозне организације, припадници канонске Цркве и у Украјини и у Црној Гори били су дискриминисани од стране владајуће партије, а црквена имовина се одузимала уз помоћ спорних закона. Такви поступци су показатељ бруталног кршења основних људских права и верских слобода у секуларним државама које теже чланству у Европској Унији. Мада је питање у чему се тачно огледа секуларност поменутих држава, с обзиром на то да се политичке партије уплићу у црквене ствари и устројство Православне цркве, које свакако није у њиховој надлежности, ни по дужности, ни по Уставу.

4. СТАТУС ЦРКВЕНЕ ИМОВИНЕ У СРБИЈИ ДАНАС

Иако се у претходном делу рада претежно приказују примери из прошлости и из других држава, баш у ово мирно време узајамне сарадње државе и Цркве у Србији, намеће се питање да ли би црквена имовина и храмови требало да буду у власништву секуларне државе или верске организације која се у њој налази?

Наведени пример из Совјетског Савеза јесте специфичан због ванредних околности које је нова власт, непријатељски расположена према Цркви, умела да искористи за своје потребе. У другим случајевима се може приметити да националистички настројена власт и народ могу у одређеном моменту да крену у кампању против канонске Цркве на њиховој територији.

У Србији данас Српска православна црква ужива велику подршку водеће партије, што се и показало током централне прославе 800. годишњице њене аутокефалности,⁴² као и јединственог става по питању

41 С обзиром на то да постоји јака струја националистички настројене елите која жели да има све своје, да се ослободи од Велике Русије и самостално да се окрене европским партнерима, тај правни акт им је разрешио руке да се „у складу са законом“ одузме имовина „проруски оријентисане“ Украјинске православне цркве Московске патријаршије, што иде у прилог антируски настројеном државном врху.

42 Завет Светог Саве: Свечаном академијом у Центру „Сава“ прослављена 800-годишњица аутокефалности Српске Православне Цркве, http://www.spc.rs/sr/zavet_svetog_save_svechanom_akademijom_u_centru_sava_proslavljena_800godishnjica_aukefjalnosti_srps, последњи приступ 26. марта 2019.

положаја СПЦ у Црној Гори.⁴³ Упркос томе, и данас остају нерешена поједина имовинска питања: право својине над црквеним земљиштем; спорни уписи у катастру које би требало актуелизовати, у шта свако може да се увери провером стања у катастру.⁴⁴ Стога је регулисање имовинских односа на црквеној имовини неопходно због сигурности правних субјеката који су имаоци права својине, због поштовања начела поуздања у земљишне књиге на којем се темеље јавне књиге (катастар непокретности),⁴⁵ због правног промета и евентуалног располагања црквеном имовином. Пошто овим већ улазимо у нову и савремену проблематику која изискује посебно истраживање, можемо констатовати да иако канонима није прецизно прописано ко би требало да има право својине на црквеној имовини у секуларној држави, јер у време доношења канона појам секуларне државе није био познат, у историји односа државе и Цркве постоје примери⁴⁶ који сведоче да непостојање конфликта у једном периоду не значи да не постоји потреба да се правилно регулише и редефинише положај црквене имовине.

5. ЗАКЉУЧАК

Као што је време показало праве намере комунистичке власти у Совјетском Савезу, тако ће историја да открије и остале циљеве и резултате активног учешћа секуларне државе у формирању национал-

43 Председник са Патријархом: У Црној Гори политика се меша у унутрашње уређење Цркве, http://www.spc.rs/sr/predsednik_sa_patrijarhom_u_crnoj_gori_politika_se_mesha_u_unutrashnje_uredjenje_crkve, последњи приступ мај 2019.

44 Потреба за прецизирањем статуса својине види се и на примеру Саборне цркве у Београду, <http://www.rgz.gov.rs/usluge/ekatastar/ekatastar-javni-pristup>, последњи приступ мај 2019.

45 „Начело поуздања или поверења у земљишне књиге упућује на то да је садржина земљишних књига веродостојна, а то значи истинита и потпуна“. Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сиварно право*, Издавачко предузеће Номос ДОО, Београд 1996, 332. Такође, Закон о државном премеру и катастару (Чл. 63.) сврстава начело поуздања међу начела државног премера и катастра непокретности: „Подаци о непокретностима уписани у катастар непокретности су истинити и поуздани и нико не може сносити штетне последице због тог поуздања“, Закон о државном премеру и катастру, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015; Одлука УС РС, 96/2015, 113/2017 – други закон, 27/2018 – други закон, 41/2018 – други закон и 9/2020 – други закон.

46 Наведени примери показују да, када је реч о националним интересима секуларне државе, па чак и у виду добротворне акције, треба имати на уму да је Црква, њен утицај и имовина, у очима владајуће партије само инструмент за остварење сопствених интереса. Уколико Црква жели да остане доследна свом вишевековном предању, а не да иде на погубни компромис са владајућом партијом, онда може да очекује репресије и формирање расколничке групације од лојалног свештенства.

них православних цркава. Питање је на који ће начин да се одвијају догађаји у Црној Гори, али тежња власти да одузме имовину СПЦ уз помоћ спорног закона и покушаји да се ојача национална црногорска црква сигурно нису у интересу народа Црне Горе, који не даје своје светиње, већ владајуће елите, која национализам користи за достизање својих циљева. Оно што за сада држи тај сукоб у замрзнутој фази јесте околност да држава нема погодне услове и ваљан разлог да одузме црквену имовину. Питање је времена колико ће такво стање да остане у Црној Гори, нарочито што њене власти неуморно приказују негативну слику о СПЦ у тој држави, а дијалог између Митрополије црногорско-приморске и других епархија СПЦ и Владе Црне Горе не доноси опипљиве резултате. У целој ситуацији је парадоксално да у Црној Гори, као секуларној држави, влада ствара своју нову цркву, чиме се доводи у питање њена секуларност. Управо у условима када се решава питањеположаја имовине СПЦ у Црној Гори, било би добро да се оно, путем ажурирања катастра, реши и у Србији.⁴⁷ Примери деловања државног руководства БЈРМ и савремене Украјинесу такође показали да Црква мора да ажурира своје право, јер су црквена правила била писана још током првог миленијума. Њихов ауторитет је остао непромењен, али су се промениле околности и државно устројство. Поменути примери нам сведоче да, под изговором заштите државних или националних интереса, долази до покушаја формирања нове националне цркве, с тим да се већ постојећа канонска и легитимна црква дискриминише, а верницима ускраћују основна људска права и верске слободе. Да би се ова питања решила цивилизованим путем, неопходно је уредити спорне законе, ажурирати катастре и застарела црквена правила.

БИБЛИОГРАФИЈА:

ИЗВОРИ:

Декрет ВЦИК „О порядке изъятия церковных ценностей, находящихся в пользовании групп верующих“, 23 февраля 1922 г. // Собрание узаконений и постановлений... 1922 г, бр. 19, Москва 1950, 381–382.

Декрет РСФСР от 23.1.1918., „Об отделении церкви от государства и школы от церкви“, *Газетѣа Рабочеѣо и Крестѣянскоѣо Правѣтельствѣа* № 15, 23/1/1918.

⁴⁷ Историјски примери показују да може да дође до ванредних околности и промене односа државне власти према Цркви, стога се не треба само уздати у кнезове и у синове човечије (Пс. 146, 3), већ следити пример мудрог човека који сазида кућу на камену којој потом ништа неће моћи ни кише ни ветрови (Мт. 7, 24–25).

Заявление Синода Украинской Православной Церкви о ситуации в Украинском и мировом Православии, *Журнал Московской Патриархии*, Май 2019.

Закон о слободи вјероисповијести или увјерења и правном положају вјерских заједница, *Службени лист ЦГ*, 74/2019.

Постановление Президиума ВЦИК «о ликвидации церковного имущества». Из протокола заседания Президиума ВЦИК № 1, п. 15 от 2-го января 1922 г. // ГА РФ, ф. 1235, оп. 39, д. 85, л. 2.

Собрание ойределений и йосйановлений Священноё Собора Российской Православной Церкви, 1917–1918 йй, Новоспасский монастырь, Москва 1994.

Увид у катастар – јавни приступ: <http://www.rgz.gov.rs/usluge/ekatastar/ekatastar-javni-pristup>, последњи приступ 16. септембра 2019.

ЛИТЕРАТУРА:

Архивы Кремля. Политйбюро и церковъ. 1922–1925 йй, „Российская политическая энциклопедия“, „Сибирский хронограф“, Москва – Новосибирск, 1997.

Завет Светог Саве: Свечаном академијом у Центру „Сава“ прослављена 800-годишњица аутокефалности Српске Православне Цркве, http://www.spc.rs/sr/zavet_svetog_save_svechanom_akademijom_u_centru_sava_proslavljena_800godishnjica_autokefalnosti_srps, последњи приступ 26. март 2019.

N1 Pressing: Milo Djukanovic. 19.6.2019, <https://www.youtube.com/watch?v=6sXJbBOjXzs&t=1842s>, последњи приступ 2. септембра 2019.

Председник са Патријархом: У Црној Гори политика се меша у унутрашње уређење Цркве, http://www.spc.rs/sr/predsednik_sa_patrijarhom_u_crnoj_gori_politika_se_mesha_u_unutrashnje_uredjenje_crkve, последњи приступ мај 2019.

Релігійна слобода под загрозоу: ВР прийняла проект №4128-д без обговорення з церквами, <https://news.church.ua/2019/01/18/religijna-svoboda-pid-zagrozoju-vr-prijnyala-proekt-4128-d-bez-obgovorenniya-z-cerkvami/>, последњи приступ 2. септембра 2019.

Владимир Воробьев, Наталья А. Кривова, *Следстйвенное дело йайриарха Тихона. Сборник докуменйов йо маййериалам Центйральноё архива ФСБ РФ, ПСТГУ*, Москва 2000.

Михаил В. Горев, „Голод и церковные ценности“, Высш. воен. ред. Совет, Москва 1922.

Михаил Е. Губонин, *Акйй Святейшеё Тихона, Патйриарха Московскоё и всея России, йозднейише докуменйы и йерейиска о каноническом йре-емстйве высшей церковной властйи. 1917–1943*, ПСТГУ, Москва 1994.

- Велиша Ђурић, *Герман Ђорић – папирјарх у обезбоженом времену*, књ. 2, Сланци 2012.
- Велиша Ђурић, „Остварење државног пројекта“, *Вечерње новости*, фелтон, 29. децембар 2017.
- Новица Ђурић, „Може ли закон да омогући одузимање имовине СПЦ“, *Политика*, 21. мај 2019.
- Сергей Н. Иванов, „Святой Патриарх Тихон и изъятие священных предметов из храмов в 1922 г.“, *Вестник ПСТГУ. Сер. II: История. История Русской Православной Церкви*, 75/2017, 60–93.
- Сергей Н. Иванов, „Церковное серебро в денежной реформе 1922–1924 гг.“, *Вестник ПСТГУ. Сер. II: История. История Русской Православной Церкви*, 6(67)/2015, 38–63.
- Велиша Кадих, „Срби ће стражама чувати светиње“, *Вечерње новости*, 10. јун 2019.
- Владимир Ф. Козлов, „Вскрытие мощей“, *Православная энциклопедия*, т. IX, Москва 2005, 719–721.
- Андрей А. Кострюков, *Очерки по Русской Церкви (1917–2008): Учебное пособие*, ПСТГУ, Москва 2018, 52.
- Наталья А. Кривова, *Власть и Церковь в 1922–1923 гг. Политбюро и ГПУ в борьбе за церковные ценности и политическое подчинение духовенства*, АИРО-XX, Москва 1997, 118.
- Вячеслав В. Лобанов, *Патриарх Тихон и советская власть (1917–1925 гг.)*, Русская панорама, Москва 2008.
- Дмитрий Н. Никитин, „Изъятие церковных ценностей“, *Православная энциклопедия*, т. XXI, Москва 2009, 661–668.
- Миодраг Петровић, *Законоправило Светиога Саве на српскословенском и српском језику*, Епархија жичка, Манастир Жича, Краљево 2004.
- Николај Сапсај, „Васељенски трон и Украјинска аутокефалија – половишна сведочанства и интерпретација докумената“, *Теолошки погледи*, LII /2019, 265–273.
- Илья Соловьев, „Живая церковь“, *Православная энциклопедия*, т. XIX, Москва 2008, 168–172.
- Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Издавачко предузеће Номос ДОО, Београд 1996.
- Вениамин Федченков, *На рубеже двух эпох*, Отчий дом, Москва 2004.

Nikolaj G. SAPSAJ*

THE POSITION OF CHURCH PROPERTY
IN MONTENEGRO: AN EXAMPLE FROM THE SOVIET
UNION OF THE 1920S AS A CAUTIONARY TALE

Summary

The article uses the method of comparative analysis to discuss the position of church property in Montenegro. Through historical examples, with an emphasis on the issue of confiscation of church valuables in the Soviet Union in the 1920s, the author points out the dangers tied with the idea of nationalizing church property and valuables in a secular state with a one-party system, under the pretext of protecting state or national interests. The same pretext is used in an attempt to form a new national church, with the already existing canonical, legitimate church being discriminated against, and believers denied basic human rights and religious freedoms. In order to resolve these issues in a civilized way, it is necessary to edit the disputed laws and update both the cadasters and the outdated church rules.

Keywords: *Montenegro. – Church property. – Soviet Union. – Anti-church campaign. – National project.*

Рад приспео / Paper received: 6.5.2020.

Измењена верзија / Revised version: 18.8.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 7.9.2020.

* The author is a student of master academic studies at the University of Belgrade Faculty of Law, n.sapsaj@gmail.com

UDC 347.632(497)"18"
28-74:347.632(497.1)"1929"

CERIF: S130, H250, H300

DOI: 10.51204/HLH_20109A

Симо М. ИЛИЋ*

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ВАНБРАЧНЕ ДЕЦЕ У ПРВОЈ ЈУГОСЛАВИЈИ

У раду је размаиран правни положај ванбрачне деце у првој Југославији. Правни поредак Југославије није био јединствен, па се положај ванбрачне деце разликовао између шест правних подручја. На подручју Србије њихов положај је био изразито лош, испираживање очинства било је забрањено и ванбрачна деца нису имала наследна права према родитељима. У Црној Гори испираживање очинства било је дозвољено, али ошјежано. Ванбрачна деца нису имала право законској наслеђивања. У осталим подручјима испираживање очинства било је могуће, и ванбрачна деца су имала право законској наслеђивања мајке, или мајке и њене фамилије. У Предоснови јединствене грађанске законика правни положај ванбрачне деце уређен је према аустријском праву, са умереним побољшањима. У правној теорији вођена је широка дискусија и предложен је низ побољшања решења из Предоснове. Ванбрачна деца и даље нису била изједначена са брачном, најзначајнији недостатак био је одсуство законској наследној права према оцу. Овај проблем настојао се делимично решити олакшаним позаконјењем.

Кључне речи: Ванбрачна деца. – Југословенско законодавство. – Предоснова грађанске законика за Краљевину Југославију. – Утврђивање ванбрачној очинства. – Позаконјење ванбрачне деце.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Правни систем Краљевине СХС, касније Краљевине Југославије, по уједињењу није био јединствен. Држава је била подељена на шест

* Студент мастер студија Правног факултета у Београду,
email: simoilic@hotmail.com

правних подручја¹, на којима су се примењивала права која су на тим областима важила пре уједињења. По стварању заједничке државе и доношењу устава, почео је процес унификације права доношењем закона који су важили за целу државу.² За време постојања прве Југославије грађанско право, којим се регулише и положај ванбрачног детета, није било унификовано. Израђена је Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију, али она није усвојена, нити је примењивана у пракси. Да би се разумео положај ванбрачне деце, треба дакле анализирати положај ванбрачног детета по правним подручјима, као и његов положај у Предоснови, јер иако није усвојена, Предоснова је одражавала однос и намере друштва према ванбрачној деци.

Проблем ванбрачне деце у међуратном периоду не може се исправно разумети ако се посматра из данашње перспективе. Два проблема су у то доба битно утицала на њихов лош положај – стигматизација и проблем доказивања очинства. Први проблем се данас посматра као искључиви узрок лошег положаја ванбрачне деце. Претпоставља се да су верске предрасуде и морална конзервативност, будући да брак виде као светињу и осуђују ванбрачне сексуалне односе, били главни непријатељи ванбрачне деце. Иако су конзервативизам и религија утицали на ставове о ванбрачним полним односима и о деци која из њих произилазе, они нису били једини, па ни претежни узрок осуде тих појава. Ванбрачни полни односи били су проблематични и због полних болести, које су у то време биле њихов пратилац. Ванбрачна деца била су социјални проблем, јер су по правилу падала на терет мајки, које су их тешко издржавале, јер је положај жена на тржишту радне снаге у то време био неповољнији него данас.³ Због лошег материјалног стања таква деца су у много већем проценту физички заостајала за другом децом. Стопа криминалитета међу њима била је значајно већа него код брачне деце. Ванбрачна рођења погађала су и мајке јер су жене са ванбрачном децом имале мање шансе за удају. Уз то, неретко ту децу мајке нису желеле, па није био редак случај напуштања те деце или чедоморства. Патријархална средина, наравно, није имала разумевања за ванбрачне мајке, па у

1 Територијално су била подељена на: Србију, Словенију и Далмацију, Хрватску и Славонију, Босну и Херцеговину, Црну Гору и Војводину.

2 Види: Гордана Дракић, „Формирање правног система у међуратној југословенској држави“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. XLII, 1–2/2008, 645–655.

3 И данас је самохраним родитељима много теже да одгаје децу него родитељима који се заједно старају о деци, а почетком прошлог века овај проблем је био много већи.

неким деловима Југославије није била ретка појава да се девојка која ванбрачно затрудни избаци из куће.⁴

Већину ових проблема могао је да ублажи отац ванбрачног детета; чак и кад не би хтео да учествује у одгајању детета, могао је да допринесе давањем новца за његово издржавање. Али то нас доводи до другог проблема – утврђивања очинства.

2. ПРОБЛЕМ УТВРЂИВАЊА ОЧИНСТВА

За разлику од материнства, које се одувек сматрало очигледном чињеницом, очинство је задавало пуно проблема јер је било практично недоказиво. Зато је важило правило да се мајка увек зна, без обзира на то да ли је затруднела у браку, док је за очинство брак био једини доказ.⁵ Доказивање ванбрачног очинства било је подједнако неизводљиво од антике, па до средине двадесетог века. Једино се могао доказивати ванбрачни полни однос, а претпостављала се узрочност између таквог односа и трудноће. Међутим, и то је веома проблематично, прво јер су такви односи скривани од других (полни односи се начелно не врше јавно, а посебно су скривани ванбрачни полни односи почетком двадесетог века), друго јер се често дешавало да је ванбрачна мајка имала полне односе са више лица, па се није могло утврдити који од њих је довео до трудноће.

Немогућност доказивања полног односа стављала је законодавце између Сциле и Харибде, требало је одредити коме ће се веровати на реч, ванбрачној мајци или мушкарцу којег она означи као ванбрачног оца.⁶ По решењу овог проблема разликујемо две групе правних система, германске, који су за оца детета сматрали лице које мајка означи (по принципу да се мајци верује – *virgini creditur*), и латинске, који нису дозвољавали истраживање очинства (*la recherche de la paternité est interdite*). У германским правним системима била је доз-

4 О заступљености таквих поступака сведочи и законска обавеза локалних власти у Црној Гори да ванбрачној трудници, која је избачена из куће због своје трудноће, обезбеде смештај и порођај.

5 „*Mater semper certa est etiam si vulgo conceperit, pater vero is est quem nuptiae demonstrant.*“ *Paulus, D. 2.4.5.* Треба додати да ни брак, наравно, није био сигуран доказ, већ само оборива претпоставка.

6 Колико је судство било беспомоћно у утврђивању чињеница говори и коришћење заклетве као доказног средства. Али заклетва уопште није решавала проблем, јер је сад исти проблем постојао приликом одређивања која страна треба да се закуне. Уз то је у оваквим случајевима забележен велики степен кривоклетства. Види: Адам Лазаревић, „О истраживању очинства“, *Бранич*, 1–2/1928, 24–25.

вољена тужба за утврђивање очинства, док је у латинским правима она била начелно забрањена, а дозвољавана је само у изузетним случајевима.⁷ Тако је у латинским правним системима, осим изузетних случајева, признање очинства било једини начин да се ванбрачном детету утврди отац. Две групе су се разликовале и по односу између оца и детета. У латинским правним системима ванбрачно дете је имало знатно повољнији положај, па је поред издржавања које је добијало, долазило и у сродство са ванбрачним оцем и имало извесно наследно право према њему. Германска права су имала другачији приступ, ванбрачно дете није долазило у сродство са оцем, није било под родитељском влашћу, нити је имало наследно право према њему. Оно је добијало само издржавање. Оваква регулација у германским правима је последица несигурности очинства утврђеног судским путем, а мотивисана је првенствено материјалним обезбеђењем средстава за живот ванбрачном детету. Ниједно од ових решења није било задовољавајуће, латинска права, иако су дала знатно повољнији положај признатој деци, оставила су далеко многобројнију непризнату децу веома обесправљеном, док су германска права ускратила ванбрачној деци наследно право иза оца, али су бар свој ванбрачној деци дала право на издржавање.

Други проблем приликом утврђивања очинства јавља се ако је мајка имала полне односе са више мушкараца у периоду зачећа. Сматрало се да тада долази до тзв. мешања крви (*turbatio sanguinis*) и није се могло утврдити ко је отац детета. У оваквим ситуацијама било је више могућих решења, нека права су давала мајци право да бира ког партнера ће да означи као оца, нека су дозвољавала постављање приговора више наложника (*exceptio plurium constupratorum*) којим се онемогућавало истраживање очинства док је треће решење било да се у случају више партнера ванбрачне мајке, сви они осуде на издржавање детета, али без успостављања сродства.⁸

И поред пуно различитих правних решења из тог периода, тешко да би се могло рећи да је неко у потпуности исправно. Најдаље су отишла нека умерена средња решења, али ни она нису била без мане. По сваком систему, постојала је могућност злоупотребе. Почетком прошлог века појавила се могућност вештачења папиларних линија (отисак прста) и вештачења крви, али ниједан од ова метода није могао да

7 Нпр. у француском праву судско истраживање очинства било је дозвољено само у случају отмице; реформом 1912. значајно је повећан број случајева кад је истраживање било дозвољено, али је и даље важила начелна забрана истраживања очинства.

8 Они би сви били солидарно одговорни за издржавање детета, у случају да један плати цео износ, имао би право регреса према осталима.

позитивно потврди очинство, већ су више коришћена као средство негирања очинства.⁹ Тек је каснији развој генетике донео вештачења којима је омогућено веома прецизно утврђивање очинства. Тако су у другој половини двадесетог века правне претпоставке о очинству изгубиле на значају, што је представљало значајно олакшање за законодавство, које је питање очинства могло да препусти вештацима, који би га прецизно утврђивали у сваком појединачном случају.

3. ПРАВНИ ПАРТИКУЛАРИЗАМ – ПРАВНИ СТАТУС ВАНБРАЧНЕ ДЕЦЕ

3.1. Положај ванбрачне деце на српском правном подручју

На подручју Србије важио је српски Грађански законик из 1844. године са изменама¹⁰, у коме је положај ванбрачне деце био регулисан члановима 128–135.¹¹

9 Види: Милош Јовић, „Како да се у новом грађанском законик уреди положај ванбрачне деце“, *Споменица Конгреса правника у Новом Сагу 1938*, Конгрес правника, Београд 1938, 37–38; Boris Zarnik, „О значењу pretrage krvi za određivanje očinstva“, *Mjesečnik*, knj. LIV, 4/1928, 200–208.

10 Лазар Марковић (прир.), *Грађански законик Краљевине Србије са крајњим објашњењима*, Књижара Геце Кона, Београд 1921.

11 Треба напоменути да у Србији почетком деветнаестог века положај ванбрачне деце није био лош. Мајке нису трпеле тешке последице ванбрачног рођења, нису биле одбациване од друштва, а у неким крајевима су биле и на цени јер су доказале да могу рађати (Војислав Бакић, *Правни положај ванбрачне деце у ФНРЈ*, Београд 1957, 22.). Очинство се могло истраживати. И кад је мајка у време зачећа имала полне односе са више лица утврђивање очинства је било дозвољено. Сви мајчини партнери су осуђивани да заједно издржавају дете (тако су у једном случају оба партнера мајке била осуђена да јој заједно купе једну краву музару како би издржавала дете. Стеван Максимовић, *Суђења у Пожаревачком мајстину 1827 – 1844*, ГИП Просвета, Пожаревац 1973, одлука 304. стр. 206). Дете је имало право на издржавање од оба родитеља (В. Бакић, 23.), у ту сврху могло је добити и један део очевог имања. Из извора се може претпоставити да је дете имало и право наслеђивања оца (С. Максимовић, одлука 63. стр. 39). Отац је такође био дужан да плаћа трошкове у вези с порођајем, тј. трошкове бабице и дојкиње (исто. одлука 201. стр. 141). Да би се спречила чедоморства ванбрачне деце, биле су прописане строге казне (В. Бакић, 20–22.), а како су тадашње власти настојале да смање број ванбрачне деце, ванбрачни полни односи били су забрањени и кажњиви телесним казнама, најчешће 25 штапова за мушкарце и 25 камџија за жене (В. Бакић, 20–22, исто С. Максимовић, одлука. 270. стр. 174, одлука 281. стр. 184 и одлука 304. стр. 206). При том, судије су узимале у обзир кривицу девојке, па би у случају да је била заведена, она била ослобођена казне (С. Максимовић, одлука 317. стр. 214–215). Овакав статус регулисан највише обичајним правом измењен је доношењем српског Грађанског законика 1844. године.

Законик је ванбрачно дете дефинисао као оно које је мајка невенчана зачела и родила, као и дете рођено од венчане мајке, али пре протеча рока од 180 дана од венчања или после 300 дана од развода брака. Дете рођено од венчане мајке, али изван наведених рокова неће се сматрати ванбрачним: а) ако је недоношче, б) ако га отац призна за своје и г) ако га се отац у року од 3 месеца судски не одрекне (чл. 128). Деца из поништених бракова су такође сматрана ванбрачним, без обзира на савесност родитеља (чл. 134).

Истраживање очинства је било забрањено по српском Грађанском законуку (чл. 130).¹² Изузетак од овог правила су само случајеви одвођења и силовања, и то само ако је дете зачето у времену силовања или одвођења. Оспоравање брачног очинства било је веома рестриктивно, муж мајке је могао оспорити очинство једино ако докаже да у периоду зачећа (180 – 300 дана пре порођаја) није могао да одржава полне односе са супругом; доказивање неверства супруге, па чак ни њено признање нису обарали претпоставку очинства (чл. 114).¹³

Положај ванбрачног детета према родитељима био је различит. Мајка је имала сва права и обавезе према ванбрачној деци која су иначе припадала оцу и у погледу личности детета и у погледу њего-

12 У изворној верзији СГЗ-а из 1844. године, члан 130 је допуштао истраживање очинства у ставу 1, али је он био контрадикторан ставу 2 по коме се нико за оца детета не може прогласити ако на то сам не пристаје. Овај проблем је довео до иницијативе Врховног суда за измену става два како би се отклонила контрадикторност. Совјет је као коментар на иницијативу дао мишљење да нема контрадикторности и да се судско истраживање очинства завршава тиме, да ако тужени мушкарац не призна очинство, мора да положи заклетву да није отац детета (Види: Маша М. Кулаузов, „Предлози измена законске одредбе о истраживању ванбрачног очинства из 1855. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. XLIX, 4/2015, 1751–1760.). Отац је био дужан да издржава децу, али тек у случају да мајка нема средстава. Ванбрачна деца нису имала право наслеђивања иза својих родитеља. Овај проблем је решен изменом законика од 7. маја 1868. када је, под утицајем француског права, истраживање очинства експлицитно забрањено. Овим је положај ванбрачне деце значајно отежан. Изворни текст СГЗ-а био је контрадикторан, а са његовим потоњим тумачењем и прилично неповољан, али он је ипак омогућавао истраживање очинства. Изгледа једноставно избећи утврђивање очинства лажном заклетвом, али у то време заклетва је имала већу тежину, па нису били ретки случајеви да очеви признају очинство на суду. После 1868. године ванбрачна деца у Србији имају изразито лош правни положај.

13 Види: Маша М. Кулаузов, „Законодавство и судска пракса о ванбрачној деци у Србији XIX века“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. XLVIII, 3/2014, 281. У том случају се тужба за развод брака сматрала и изјавом одрицања очинства. Види: Тих. М. Ивановић, „Подизање тужбе од стране мужа за развод брака због провођења блуда сматра се у исто време и као одрицање брачности детета у смислу чл. 128. грађ. зак.“, *Бранич*, год. XVII (VIII), 4/1932, 208–209.

ве имовине¹⁴ (чл. 135), била је дужна да их издржава и да се о њима стара (чл. 129). Деца су добијала мајчино презиме, домицил и држављанство. У погледу управљања дететовом имовином, мајка је имала сва права ако је била хранитељ, а ако није, та права су припадала хранитељу (чл. 132). Према оцу, када је овај био познат (тј. ако је признао очинство или када би у два изузетка био судски проглашен за оца), ванбрачна деца имала су једино право на издржавање (чл. 113–114, 133).

Обавеза издржавања детета падала је првенствено на мајку. Уколико је отац био познат, био је дужан једино да издржава своје дете¹⁵ у смислу чл. 131. СГЗ и то уз и после мајке, што значи да је отац био дужан да издржава дете тек ако мајка није имала средстава. После оца, дужност издржавања ванбрачног детета падала је на мајчине сроднике. Очеви сродници нису имали никакве обавезе према детету. Право на издржавање трајало је само за живота даваоца издржавања, оно није прелазило на његове наследнике као терет заоставштине.¹⁶

Ванбрачна деца могла су бити позакоњена и тако изједначена са брачним на три начина: 1) конвалидацијом релативно ништавог брака у коме су деца рођена – тј. кад би отпала брачна сметња због које брак није био пуноважан¹⁷ (*legitimatio ex lege*), 2) познијим браком родитеља ванбрачне деце (*legitimatio per matrimonium subsequens*), и 3) одлуком више власти (тј. краљевим указом) на захтев једног или оба родитеља, а без штете за трећа лица (чл. 134). Прва два начина позакоњења су природан начин да се деца позаконе, и она нису изазивала проблеме у пракси. Трећи начин је проблематичан, јер дете суштински не постаје брачно – његови родитељи не склапају брак, оно се само проглашава за брачно. Овај начин позакоњења је долазио у обзир у случајевима кад је отац умро, а хтео је да се ожени мајком, у случају ванбрачне деце свештеника удоваца, и сличним ситуацијама када склапање брака није било могуће. Поставило се питање који су ефекти оваквог позакоњења. Проблем су стварале две одредбе, прво, сама формулација члана 134. у којој се каже „без штете трећег“ није била јасна, а други проблем је био чл. 409. у коме се наводи

14 Лазар Марковић, *Породично право*, Књижара Геце Кона, Београд 1920, 214.

15 Отац није био дужан ни да да мираз ванбрачној кћери. Драгољуб Аранђеловић, *Неколико речи о миразу, сиреми и угомљењу*, Књижара Геце Кона, Београд 1912, 7.

16 Л. Марковић, 213.

17 Види: Драгољуб Аранђеловић, „О позакоњењу деце конвалидацијом брака“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XXXIV, 4/1928, 249–251.

да наследна права имају само деца позакоњена познијим браком, из чега произилази да деца позакоњена одлуком више власти, немају наследна права према својим родитељима.¹⁸ Овај пропис је тумачен на три начина, први – да дете позакоњено на овај начин нема право наслеђивања иза оца, други – да је оно потпуно изједначено са осталом брачном децом, и трећи – да овај начин позакоњења делује само између оца и детета, а да према очевој фамилији нема никаквог дејства. То би значило да је само отац у сродству са ванбрачним дететом, да оно има наследно право само према оцу, али не и према очевој фамилији.¹⁹ Треће тумачење је било претежно и најисправније, јер је највише одговарало тексту закона, а то је уједно било и тумачење истог прописа у аустријском праву, из кога је овај пропис и преузет. Спорно је било и питање да ли се овај начин позакоњења може дозволити на мајчин захтев.²⁰

Усвојење свог ванбрачног детета није било могуће по СГЗ-у, јер је законик дозволио усвојење само за туђу децу (чл. 136), тако да отац на овај начин није могао да дође у сродство са својим дететом.²¹

Ванбрачно дете није имало право законског наслеђивања ни према оцу ни према мајци (чл. 409). Оно је могло добити право на наследство само у случају позакоњења, иначе је могло наслеђивати само као тестаментални наследник. Ванбрачну децу су наслеђивали хранитељи (дакле и родитељи су могли да их наследе, али само ако су им били хранитељи).

Отац није имао обавезу да надокнади мајци трошкове порођаја и да је издржава за време око порођаја.

18 Мишљења да ова деца немају право наслеђивања оца били су: Лазар Марковић (Лазар Марковић (прир.), *Грађански законик Краљевине Србије са крајњим објашњењима*, Књижара Геце Кона, Београд 1921, чл. 409) и Драгољуб Аранђеловић; супротно су мислили Андра Ђорђевић (види: Андра Ђорђевић, „Наследно право“, *Бранич*, 3/1904, 142–144.), Живојин Перић и Данило Данић (види: Данило Данић, „Правни положај ванбрачне деце“, *Бранич*, 2/1935, 43–50 и Данило Данић, *Поводом једне важне одлуке Касационог суда*, Време, Београд 1928.). Види: Стеван Живадиновић, „О прописима Српског грађанског законика који одређују наследна права деце позакоњене милошћу владаоцем“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XXXII (XLIX), 1–6/1936, 167–174.

19 Тј. у случају да му је отац умро, он не може наслеђивати његове сроднике по праву представљања.

20 Д. Данић, *Поводом важне одлуке*, 3–10.

21 Усвојење ванбрачне деце у Србији било је често и омогућавало је да се материјално обезбеди велики број ванбрачне деце о којој родитељи нису бринули. Види: М. М. Кулаузов, „Законодавство и судска пракса“, 283–288.

3.2. Положај ванбрачне деце на црногорском правном подручју

Закони о ванбрачној деци у Црној Гори су често мењани, а са тим променама погоршавао се и њихов положај; због тога ће овде бити изнет кратак преглед претходних закона, пре него што се изложи право које је важило у доба Југославије. Црногорско законодавство је први пут регулисало статус ванбрачне деце у Законима отачаства из 1833. Иако је спорно да ли је овај пропис примењиван у пракси, он је свакако значајан јер одражава тадашње прилике у црногорском друштву. Положај ванбрачног детета је био добар. Прописане су строге казне за чедоморство. Дужности оца су зависиле од његовог брачног статуса. Ожењен отац је био дужан да ванбрачној мајци да мираз од сто талира, плати глобу од педесет талира и да одслужи затворску казну од три месеца. Ако је отац био нежењен, имао је обавезу да се ожени осрамоћеном девојком, плати глобу од десет талира и одслужи месец дана затвора.²²

Следећи пропис који је регулисао ову материју био је Општи земаљски законик из 1855. У њему су пооштрене казне за чедоморство. Ванбрачни отац дужан је да уплати у државну касу сто тридесет талира и да одслужи казну од шест месеци затвора. Ове обавезе и казне он се могао ослободити само ако би се оженио мајком детета или узео дете себи.²³ Ванбрачно дете у случају пријема у кућу било је изједначено са брачним. Дете је носило презиме куће у коју је примљено. У случају да је одгајено у туђој кући, презиме је добијало по очевом братству или племену. У случају више отаца није било одређено како ће добити презиме.²⁴ Ванбрачно дете имало је иста наследна права према оцу као и брачна деца (чл. 71).²⁵

Наредба о кажњавању ванбрачних преступа од 11/23. септембра 1884. додатно пооштрава казне. Казна за ожењеног човека подигнута је са шест месеци на годину дана. Ванбрачни отац дужан је да ванбрачно дете прими у своју кућу и изједначи га у правима са својом законитом децом. Момак је дужан да се ожени мајком свог ванбрачног детета, иначе губи сво своје имање и нема право да склапа брак са другом женом.²⁶

22 Маша Кулаузов, „Одредбе о ванбрачној деци у црногорском законодавству XIX века“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2012, 286.

23 Валтазар Божишић, *Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији*, Црногорска академија наука и уметности, Титоград 1984, 65–66.

24 *Ibid.*

25 Законик Данила Првог, https://www.rastko.rs/rastko-cg/povijest/knjaz_danilo-zakonik_c.html, приступљено 23. јула 2020.

26 М. Кулаузов, Одредбе о ванбрачној деци, 288.

Наредна реформа била је спроведена законом од 9/21. децембра 1892. Момак више није дужан да се ожени мајком свог детета, већ је довољно да уплати сто педесет талира у фонд ванбрачне деце. Ожењен ванбрачни отац више није изложен затворској казни, нити је обавезан да дете прими у кућу, довољно је само да уплати новац у фонд ванбрачне деце. Уколико је више мушкараца одржавало односе са мајком, сви су били обавезни да издржавају дете. Истраживање очинства било је по закону обавезно, а мајка је била дужна да открије оца детета. Позакоњење је било могуће само накнадним браком. Ванбрачна деца нису имала наследна права према родитељима, издржавана су из фонда ванбрачне деце.²⁷

Наредни закон, који је остао да важи на подручју Црне Горе и за време Југославије био је Закон о ванбрачној дјечи за Књажевину Црну Гору од 30.3.1894/11.4.1894.²⁸

Закон је ванбрачно дете дефинисао као дете које се роди: а) од неудате жене, б) од удовице позније од десет месеци од мужевљеве смрти, в) од разведене жене десет месеци после развода, осим ако би се доказало да је и после развода полно општила са мужем, г) од удате жене пре протекла рока од седам месеци од венчања, осим ако муж изричито призна да је дете његово, д) од удате жене после десет месеци од мужевљевог одсуства, ђ) од удате жене после десет месеци од кад између супружника није могло бити полних односа. У случају да удата жена роди ванбрачно дете (случајеви под г, д и ђ) дете ће се сматрати ванбрачним само ако муж жене у року од три месеца оспори очинство, ако он то не учини сматраће се његовом брачном децом (чл. 7).

Истраживање очинства било је допуштено само ако не постоји мушкарац који ће се бринути о трудници, касније бринути о детету и издржавати га (чл. 4).²⁹ Трудница је била дужна да означи оца детета, а ако би то одбила власти су могле да јој ускрате сву помоћ. Рок

27 *Ibid.*, 289.

28 Закон о ванбрачној дјечи за Књажевину Црну Гору, Б. Павићевић и Р. Распоповић (прир.), *Црногорски законици – њавни извори и ѡлиитички актии од значаја за историју државности Црне Горе*, књига III, Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 236–246. Аутор закона био је министар правде Валтазар Богишић.

29 Ово је последица германског схватања да се ванбрачни отац тражи ради издржавања детета, па је у случају да постоји мушкарац који ће издржавати дете истраживање очинства сувишно. „Јер законодавцу није циљ да се зна ко је отац ванбрачном детету, само да се зна, већ зато да би му ставио на терет бригу и старање око подизања и издржавања таквог детета, – а што у таквом случају није потребно.“ Јован Мијушковић, „Истраживање ванбрачног очинства по црногорском законодавству“, *Бранич*, 1–9/1929, 9. Мушкарац који се прихватио

за подизање тужбе био је годину дана од рођења детета. За доказивање очинства није било довољно само означавање оца од стране мајке (што је био случај са ранијим црногорским законодавством), већ је био потребан и доказ полног односа у време зачећа (чл. 8) које је по црногорском праву износило од седам до десет месеци пре рођења (чл. 9). Законом је прописано да се очинство доказује: а) признањем пред судом, б) признањем ван суда пред пошвеним чељадетом коме се може веровати, в) сведочењем достојанственог сведока да га је видео са том женом на делу или да су заједно лежали под једним хаљинама, г) исправом из које се јасно види да су означени отац и мајка били у вези, обично љубавно писмо није било доказ (чл. 10). Ови законом одређени докази отежали су утврђивање очинства.³⁰ Мајка је могла доказати очинство само сведочењем или исправом, а тих доказа углавном није било. Означени отац могао је, у року од три месеца, приговорити да је мајка имала полне односе са више мушкараца у периоду зачећа, а могла је мајка и сама тужити више лица са којима је имала полне односе. У том случају, очинство се није утврђивало, али су сви они били дужни да дају детету издржавање (чл. 22–23).

Родитељску власт над малолетним ванбрачним дететом има родитељ који се стара о детету и издржава га, а ако га подижу заједно обоје ће имати родитељску власт (чл. 27). Над децом која се одгајају о трошку фонда ванбрачне деце родитељи немају власти. Родитељи се могу договорити око одгоја детета, код кога ће дете бити, до које године, као и како ће вршити своје обавезе према њему (чл. 20). Ако и отац и мајка желе дете да узму у своју кућу, и не могу да се споразумеју око тога, дете ће припасти мајци ако је самостална. Кад дете напуни осамнаесту годину, може да бира код кога ће да живи (чл. 17). Ако је дете примљено у очеву кућу, а у њој нема дојиље, мајка је дужна да га прве две године издржава и доји (чл. 19). Дете може узети очево презиме само ако је примљено у кућу или позакоњено, мајчино презиме може узети ако то њена породица дозволи, а ако не добије ни једно, може себи начинити презиме од мајчиног имена (од Маре, Марић и сл.) (чл. 30).

Отац је дужан да према својој имовини и приликама издржава дете. Издржавање се давало у периодичним исплатама, а могло се

бриге, морао је мајци дати трошкове порођаја, издржавати је 40 дана после порођаја и издржавати дете док не постане радно способно (чл. 5.).

- 30 „...тешко је пронаћи ванбрачног оца где нема његовог признања. Јер ретки су случајеви да хоће неко да призна да је отац ванбрачног детета, пошто је то скопчано и са моралним и са материјалним жртвама... ретки су случајеви, да ће такве ванбрачне родитеље, кад не живе у конкубинату, видети ко на делу, или саме у соби под једним хаљинама. Но и под таквим околностима боље је дозволити истраживање ванбрачног оца, него ли то забранити.“, Ј. Мијушковић, 12.

давати и делимично или потпуно у натури, ако би тако било лакше даваоцу издржавања. Ако је мајка била имућнија од оца, суд је могао одлучити да и она доприноси издржавању детета (чл. 14–16). Обавеза издржавања траје док дете не напуни дванаесту годину, а може се продужити ако дете није способно да привређује (чл. 24). Децу коју нису могли да издржавају родитељи, издржавао је фонд ванбрачне деце.

Положај ванбрачне деце могао се поправити пријемом у кућу и позаконењем. Пријем у кућу био је условљен пристанком свих пунолетних чланова куће, а ако је отац био ожењен и живео у инокосној породици, довољан је био пристанак његове жене и пунолетне деце. Мушка деца су пријемом у кућу стицала право на половину дела при деоби, а женска право на издржавање и опрему при удаји (чл. 11 и 12). Пријем у очеву или мајчину кућу поправљао је положај детета, али га није изједначавао са законитом децом. Позаконење је могуће накнадним браком (чл. 21), с тим да тај брак мора бити добровољан³¹, и одлуком највише власти. Позаконење одлуком највише власти могуће је ако је један од родитеља умро или пребегао преко границе, а други нема законите деце (чл. 29).

Усвојење свог ванбрачног детета није било допуштено, али се власт старала да олакша усвојење ванбрачног детета трећем лицу, кад је то било у интересу детета (чл. 28).

Наслеђивање ванбрачне деце требало је бити уређено посебним законом, али пошто он није донет, ова материја је остала регулисана обичајним правом. Обичајно право није давало ванбрачној деци никакво наследно право, ни иза оца ни иза мајке. Једино је у случају пријема у кућу (види горе) могло да наследи половину дела ако је било мушко или да добије мираз ако је женско. Позаконена деца имају иста наследна права као и брачна.³²

Ванбрачни отац нема обавезу да надокнади трошкове порођаја и да издржава мајку за време око порођаја.

Закон предвиђа и одузимање неких права ванбрачним мајкама, као и казнене норме. Удовица која би родила ванбрачно дете губила би право уживања мужевљеве имовине, а неудата девојка би губила право издржавања и опреме при удадби (чл. 18). Закон предвиђа и казнене одредбе за прекид трудноће, чедоморство, подметање и остављање детета. Кажњаван је ванбрачни отац који би био у сродству са мајком (чл. 33–41). Казнене одредбе имале су за циљ заштиту ван-

31 Ранија пракса била је да је власт приморавала ванбрачног оца да се ожени мајком детета; од доношења овог закона и даље се давало упутство властима да покушају да убеди оца да се ожени, али се забрањује приморавање на брак.

32 Божидар Томовић, *Наследно обичајно право у Црној Гори*, Задруга штампарских радника, Београд 1926, 44–45.

брачне деце, попут многобројних других норми којима су црногорске власти помагале ванбрачне мајке и децу (смештај труднице ако је истерају из њене куће, трошкови око порођаја, истраживање очинства, „наговарање“ оца да се ожени мајком, итд).

У поређењу са претходним законима, положај ванбрачне деце је погоршан овим последњим. Утврђивање очинства је отежано тражењем веродостојног доказа, проширен је круг ванбрачне деце, у случају пријема у кућу дете није било изједначено са брачном децом (мушко је наслеђивало пола дела), и, напослетку, ванбрачна деца су изгубила наследно право иза својих родитеља.

3.3. Положај ванбрачне деце на војвођанском правном подручју

На војвођанском правном подручју није постојала јединственост у важењу прописа. Важило је углавном угарско право у коме су обичаји и судска пракса играли значајну улогу. На подручју које је припадало Војној граници примењивало се пак аустријско право.³³ У угарском праву положај ванбрачне деце био је регулисан трима законима: *Tripartitum*, зак. чл. XX: 1877, VI: 1885, XXXI–XXXIII: 1894., као и обичајним правом.³⁴ На подручју Војне границе важио је аустријски Грађански законик из 1811. године.

Ванбрачно дете је оно дете које је рођено пре протекла рока од шест месеци од склапања брака или после протекла рока од десет месеци од развода брака. Дете рођено у првих шест месеци се ипак сматра накнадно позаконеним, ако муж мајке није оспорио очинство. Очинство може да побија муж тако што доказује да у периоду зачећа (180 – 300 дана) није имао полне односе са мајком детета. Муж не може оспоравати очинство ако га је претходно признао, али могу заинтересована трећа лица. Наследници мужа могу нападати законитост детета само кад докажу да није знао за дете или да је био спречен да му обара законитост.³⁵

Ванбрачно очинство се могло утврђивати тужбом, тако што би се доказало да је тужени мушкарац имао полне односе са мајком у

33 Гордана Дракић, „Правни положај ванбрачне деце према прописима важећим на војвођанском правном подручју у Краљевини Срба, Храта и Словенаца“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. XLVII, 4/2013, 221.

34 Глиша Богданфи, Никола Николић, *Општи приватно право које важи у Војводини*, Напредак, Панчево 1925, 102.

35 Звонимир Пишуклић, Имре Ђерђ, *Основи приватног права у Војводини*, Књижевна Галерија Геце Кона, Београд 1924, 246–248.

време зачећа (шест до десет месеци пре рођења).³⁶ Право на подизање тужбе било је незастариво. Обавеза природног оца на издржавање заснивала се на чину полног општења, а само оплођење није било могуће доказивати. Приговор да је отац у том тренутку био неспособан за оплођење није био допуштен, што значи да је претпоставка да је мушкарац који је имао полне односе са мајком у време зачећа отац била апсолутна.³⁷ Приговор да је више људи полно општило са мајком у периоду зачећа није обарао претпоставку очинства. Очинство се није могло утврђивати једино ако је мајка у време зачећа детета „неморалним животом живела“. Шта се сматрало „неморалним животом“, одређивала је судска пракса. Полно општење са више мушкараца није се сматрало неморалним животом, било је потребно да жена буде „блудница“ тј. да блуд врши на потпуно бестидан начин, за новац или професионално. У ову категорију судска пракса је, осим проститутки, сврставала и жене: које су имале полне односе са децом, које су имале групне полне односе, које су полне односе вршиле јавно (нпр. на улици уз дрво), и сл. Категорија неморалног живота је, дакле, била прилично уска. На неморалан живот ванбрачне мајке није се могао позивати мушкарац који је са њом живео у конкубинату.³⁸

Мајка има родитељску власт над ванбрачним дететом, она је његов законски заступник (тутор), док природни отац нема никакво право на дете. Ако је мајка малолетна, тудора одређује старатељска власт.³⁹ Ванбрачном детету мајка одређује име, а узима и њено презиме и држављанство.⁴⁰ Мајка одређује и занимање ванбрачног детета.⁴¹

Отац је обавезан да издржава ванбрачно дете. Док суд не осуди ванбрачног оца на издржавање, мајка је дужна да издржава дете, и нема право да тражи од оца средства која је утрошила на издржавање детета.⁴² Родитељи ванбрачног оца и мајке немају никакве обавезе издржавања према ванбрачном детету, јер нису у сродству са њим.⁴³ Издржавање може да тражи само онај ко издржава дете.⁴⁴

36 З. Пишуклић, И. Ђерђ, 252. И у војвођанском праву ова чињеница се могла доказивати заклетвом. Г. Богданфи, Н. Николић, 116.

37 Г. Богданфи, Н. Николић, 115.

38 *Ibid.*, 116.

39 З. Пишуклић, И. Ђерђ, 253.

40 Г. Богданфи, Н. Николић, 102–103.

41 *Ibid.*, 118.

42 Г. Богданфи, Н. Николић, 114–115; З. Пишуклић, И. Ђерђ, 252.

43 Г. Богданфи, Н. Николић, 114.

44 *Ibid.*, 111.

Обавеза издржавања траје док дете не постане способно за зараду. Када дете постаје способно за зараду одређивао је суд у сваком посебном случају, оквирно се претпостављало да она наступа између дванаест и четрнаест година код женске деце, а код мушке између четрнаест и шеснаест. Ако дете не постане способно за зараду због телесног или душевног недостатка у редовно време, отац мора да га издржава и даље. Издржавање се плаћа месечно, унапред, а при одређивању његове висине узима се у обзир друштвени положај мајке и имовинско стање оца. Дужност издржавања ванбрачног детета није прелазила на родитеље природног оца, али је прелазила на његове наследнике, до висине заоставштине.⁴⁵ Мајка је могла захтевати од суда да отац након порођаја унапред исплати издржавање за три месеца и трошкове порођаја, при том није морала да докаже да је њено потраживање у опасности.⁴⁶ Ванбрачно дете било је дужно да издржава само мајку.⁴⁷

Војвођанско право допуштало је позакоњење накнадним браком и позакоњење милошћу краљевом. Накнадним браком незаконито дете постаје законито, изузев ако је рођено из прељубе. За позакоњење овим начином није се захтевало очево признање детета, али се ради сигурности у матичним књигама уписивало позакоњење само кад би отац признао дете. Природни отац је могао да моли за позакоњење милошћу краљевом наводећи разлог због кога није могуће позакоњење накнадним браком (тако је било могуће позаконити дете из прељубе). Ова молба се могла поднети и после смрти оца, али само ако је он за живота признао дете и предузео кораке да сам поднесе молбу. Позакоњење милошћу краљевом било је ограниченог дејства, дете је постајало сродник са оцем, али не и са његовом фамилијом.⁴⁸

Усвојење свог ванбрачног детета није било забрањено, па се дешавало да отац усвоји своје дете које није могао да позакони. Ипак, пракса управе је била таква да оваква усвојења обично није одобравала.⁴⁹

Ванбрачно дете је имало право законског наслеђивања иза мајке и њених сродника (изгледа да је право наслеђивања мајчиних сродника била новина судске праксе и да је по старијем угарском праву ванбрачно дете наслеђивало само мајку). Позакоњена деца и деца из путативног брака имала су иста наследна права као и законита деца.

45 *Ibid.*, 117–118.

46 З. Пишуклић, И. Ђерђ, 253.

47 Г. Богданфи, Н. Николић, 106.

48 З. Пишуклић, И. Ђерђ, 247–248.

49 *Ibid.*

Дете позаконено краљевом милошћу имало је наследно право према оцу, али не и према његовој фамилији.⁵⁰

Трошкови порођаја по угарском праву припадали су жени само кад је била заведена обећањем женидбе. За време рата од стране Министарског савета донесена је Наредба број 3982–1916 којом је прописано да у сваком случају ванбрачни отац мора да плати мајци трошкове порођаја, као и издржавање за две недеље пре и четири недеље после порођаја. Ова наредба донесена је као привремена и после рата је требало да изгуби важност, али су судови наставили да је примењују.⁵¹

3.4. Положај ванбрачне деце на хрватско-славонском правном подручју

На подручју Хрватске и Славоније важио је аустријски Грађански законик (АГЗ) из 1811. године у стању од пре новела.⁵² Положај ванбрачне деце био је уређен члановима 138 и 155 – 171.

Ванбрачна деца су дефинисана као она која су рођена пре протекла рока шест месеци од склапања брака, као и после протекла рока од десет месеци од развода брака. У случају да се дете роди пре протекла шест месеци од закључења брака, оно ће бити ванбрачно само ако отац, који није знао за трудноћу своје жене, у року од три месеца од сазнања пред судом оспори своје очинство (чл. 156). У случају оспореног очинства, дете ће се сматрати брачним ако се вештачењем докаже да је зачето у браку (чл. 157). Дете ће се сматрати брачним и у случају да се роди после десет месеци од раставе, ако се докаже да су растављени брачни другови обновили заједнички живот или да је муж у времену зачећа имао полне односе са мајком (дворски декрет од 15.06.1835, JGS No 39).⁵³ Деца рођена у неважећем браку по АГЗ-у сматрана су брачном само ако је бар један од родитеља био савестан, тј. ако није знао за брачну сметњу (чл. 160).⁵⁴

50 *Ibid.*, 262.

51 *Ibid.*, 252–253.

52 Adolfo Rušnov (ur.), *Opći austrijski građanski zakonik*, Štamparija St. Kugli, Zagreb 18??.

53 Bertold Eisner, Mladen Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, Pravničko društvo, Zagreb 1937, 218.

54 АГЗ је искључивао из примене овог правила децу која су рођена из брака неважећег због сметњи наведеним у чл. 62–64 АГЗ. Ово правило је ипак стављено ван снаге царском наредбом од 3.6.1858. и чланом 50 Закона о женидби католика од 1856. B. Eisner, M. Pliverić, 218.

Оцем ванбрачног детета сматрао се мушкарац за кога се докаже⁵⁵ да је имао полне односе са мајком у време зачећа. Тужба за утврђење очинства није застаревала. Временом зачећа сматран је период од шест месеци до десет месеци пре рођења. Приговор да је мајка у време зачећа имала полне односе са више мушкараца није онемогућавао утврђење очинства. У том случају, мајка је могла да тужи било ког мушкарца са којим је полно општила у критичном времену. Ванбрачним оцем се сматрао и мушкарац који призна очинство, макар и ван суда (чл. 163).⁵⁶ Признање очинства било је условљено формалном процедуром да би било важеће (чл. 164), али кад је дато оно се није могло опозвати (могло се само побијати као и свака друга изјава воље). Признање очинства није спречавало дете да другог тужи ради признања очинства.⁵⁷ Побиање очинства било је могуће у року од три месеца од сазнања за рођење детета. Ни прељуба мајке, ни њено признање да дете није било брачно нису били довољни да оборе претпоставку очинства, то се могло постићи само ако би муж доказао немогућност да је дете од њега зачето. Детету је постављан заступник да брани брачност његовог рођења. Ако је муж због слабоумности био неспособан, тужбу је могао поднети његов старатељ (чл. 158). Дете није могло побијати брачност свог рођења. Ако је муж умро пре истека рока за побијање очинства, његови наследници могу побијати очинство ако би оно штетило њиховим правима у року од три месеца од његове смрти. (чл. 159).

Ванбрачно дете било је лишено свих породичних и сродничких права, осим према мајци. Носило је мајчино девојачко презиме (чл. 165). Ванбрачно дете није под очинском влашћу него га заступа заступник (тутор) (чл. 166). Заступник је могла бити и његова мајка, али се поред ње морао поставити и помоћни тутор (чл. 211). Мајка има право да своје дете васпитава и спрема за будуће занимање. Отац није могао одузети дете од мајке док га је она могла издржавати и васпитавати (чл. 168), али је у случају да детету прети опасност од мајчиног васпитања, морао дете одвојити од мајке и узети га себи или на друго сигурно место ставити (чл. 169).

Дете има право да тражи издржавање од родитеља сразмерно њиховој имовини. Отац је први био обавезан да издржава децу, а ако он не би имао средстава, обавеза је падала на мајку (чл. 166–167).

55 Докази су се ценили по слободном судском уверењу.

56 Одредба да се и признање ван суда признаје била је критикована као одредба која не спада у материју грађанског права, премда је олакшавала утврђење очинства.

57 B. Eisner, M. Pliverić, 215.

Родитељи су могли да се поравнају око издржавања и васпитања детета, под условом да то поравнање није на штету детета (чл. 170). У аустријском праву није било тачно одређено до кад траје обавеза издржавања детета, али се сходно примењивао чл. 141 по коме дужност издржавања траје док дете не постане способно да се само издржава.⁵⁸ Обавеза издржавања прелази на очеве наследнике (чл. 171).

Позакоњење деце могуће је по АГЗ-у на три начина: уклањањем брачних сметњи код неважећег брака, склапањем накнадног брака и милошћу владоца. Позакоњење уклањањем брачних сметњи код неважећег брака (чл. 160) многи су сматрали сувишним због саме природе конвалидације. Деца позакоњена накнадним браком не могу оспоравати већ стечена права деце рођене у ранијем, ваљаном браку. Не могу оспоравати ни својство прворођења (чл. 161). Код позакоњења милошћу владоца, између детета и очеве родбине не настаје однос сродства (чл. 162).

Ванбрачно дете имало је право законског наслеђивања само према мајци. Исто тако, само је мајка могла да наследи ванбрачно дете (чл. 754 и 756).

Ванбрачна ћерка је приликом удаје могла само од мајке да тражи да јој обезбеди мираз, ако није имала довољно сопствене имовине (чл. 1220).

Аустријско право пре новела АГЗ-а није допуштало усвојење сопствене ванбрачне деце.⁵⁹

Првобитни текст АГЗ-а не предвиђа обавезу оца да сноси трошкове порођаја.

3.5. Положај ванбрачне деце на словеначко-далматинском правном подрчју

На подручју Словеније и Далмације важио је новелирани АГЗ.⁶⁰ Пошто је детаљна регулација АГЗ-а разматрана у вези претходне правне области, овде ће бити приказане само измене које су донеле новеле.

- а) Промењено је одређење времена зачетка, па је оно уместо ранијег одређења у месецима (од шест до десет месеци) одређено у данима, као период од сто осамдесет до триста дана пре рођења.

58 B. Eisner, M. Pliverić, 223.

59 Забрана је уведена дворским декретом JGS бр. 1206 од 28.01.1816.

60 АГЗ је измењен трима делимичним новелама из 1914, 1915 и 1916.

- б) Детету је допуштено да оспорава брачност свог рођења. Овај захтев је био дозвољен само ако је муж мајке умро пре истека рока за оспоравање очинства или ако се од рођења детета трајно не зна где се налази. Уз то је потребан и пристанак мајке, ако је у животу. Дете губи право на овај захтев истеком рока од годину дана од пунолетства (чл. 159). Дете неће имати ово право ако пословно способни муж судским путем призна брачност рођења пре доношења правноснажне пресуде (чл. 159а).
- в) Ванбрачном детету је признато сродство не само према мајци, већ и према њеним сродницима (чл. 165). Тиме је оно добило право на издржавање и према деди и баби са мајчине стране (чл. 166 ст. 2), као и међусобно наследно право са мајчиним сродницима (чл. 754 и 756).
- г) Укинута је обавеза постављања помоћног татора мајци која је била татор свом ванбрачном детету. Помоћни татор се по новим прописима постављао само ако је то било потребно ради заштите интереса ванбрачног детета (чл. 211).
- д) Ванбрачно дете и даље добија мајчино презиме, али му муж мајке може дати своје презиме, ако на то пристану мајка и дете (чл. 165 ст. 2).
- ђ) Деца чије је очинство признато или судски утврђено, а која су у време смрти оца издржавана и васпитавана у његовој кући, могу и даље захтевати издржавање и васпитање у истој мери док се не оспособе, али не у већем обиму од оног који припада брачној деци (чл. 171).⁶¹
- е) Допуштено је ванбрачном оцу усвајање свог ванбрачног детета, чиме је укинута ранија забрана.⁶²
- ж) Отац је обавезан сносити трошкове порођаја, трошкове у вези са порођајем, као и да издржава мајку шест недеља после порођаја. Ово потраживање застаревало је у року од три године од порођаја (чл. 167). Суд може, на предлог мајке, ако она докаже да је нужно и да није неморалног владања, да осуди оног за кога мајка учини вероватним да је отац детета да унапред положи средства која покривају трошкове порођаја и прва три месеца издржавања детета (чл. 168).

61 Bertold Eisner, „Kako da se u novom građanskom zakoniku uredi položaj vanbračne dece“, *Сјоменица Конгреса правника у Новом Сагу 1938*, Конгрес правника, Београд 1938, 24.

62 *Ibid.*, 23.

3.6. Положај ванбрачне деце на босанско – херцеговачком правном подручју

На подручју Босне и Херцеговине положај ванбрачне деце је, за муслиманско становништво, у највећој мери био регулисан шеријатским правом. За односе који нису били регулисани шеријатским правом, као супсидијарни пропис примењиван је аустријски Грађански законик из 1811. године (АГЗ) у стању од пре новела.⁶³ За немуслиманско становништво примењивано је њихово обичајно право, а у случају да се оно није могло установити, примењиван је АГЗ.⁶⁴

3.7. Положај ванбрачне деце по шеријатском праву примењиваном у Југославији

Међународним уговором из Сен Жермена о заштити мањина, Југославија се обавезала да ће за грађане муслиманске вероисповести у питањима породичног и наследног права важити верско право. Испуњење ове обавезе спроведено је Уставом из 1921. у члану 109. где је одређено да ће у породичним или наследним пословима муслимана судити државне шеријатске судије.⁶⁵ Исто је касније потврђено и у члану 100 Устава из 1931.⁶⁶ Ради примене ових одредби донесен је Закон о уређењу шеријатских судова и о шеријатским судијама од 21. марта 1929. Чланом 2. закона је прописана примена шеријатског права: 1) за ствари брачног права ако су оба супружника исламске вероисповести или ако је брак склопљен пред шеријатским судом; 2) у истом опсегу све ствари, које се односе на права и дужности између родитеља и деце; у ово се броје и спорови, да ли је дете у законитом браку рођено; 3) расправљање, деоба и заоставштина муслимана; 4) постављање старатеља; 5) проглашење муслиманских особа умрлим; 6) вакуфске ствари.⁶⁷

63 Бертолд Ајзнер, *О опћем грађанском праву у Босни и Херцеговини*, прештампано из Архива за правне и друштвене науке, Београд 1920, 9.

64 Edin Mutapčić, „Austrijski građanski zakonik i njegova primjena u Bosni i Hercegovini poslije 1918. godine“, Edin Mutapčić (ur.), *Austrijski građanski zakonik*, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, Tuzla 2011, 165.

65 Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије*, Нова књига, Београд 1988, 224.

66 Устав Краљевине Југославије, *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије*, Нова књига, Београд 1988, 262.

67 Bertold Eisner, „Šerijatsko pravo i naš jedinstveni građanski zakonik“, *Правосуђе*, посебан отисак из бр. 6 за јул 1936, 4.

Као услов за примену шеријатског права био је потребан шеријатски брак. Пошто то није био случај код ванбрачних рођења, односи ванбрачног детета и оца били су регулисани грађански правом (*isu commune*).⁶⁸

Шеријатско право одредило је ванбрачну децу (веледи зина) као: 1) децу невенчаних родитеља, 2) децу рођену пре протекла рока од шест месеци од венчања (ако их муж не призна за брачну), 3) децу чије се брачно рођење оспори на основу установе лиана и 4) децу која се роде две године по истеку брака. Деца рођена у неважећем браку сматрана су брачном без обзира на савесност родитеља.⁶⁹

Шеријатско право није познавало установу истраживања очинства као ни установу признања очинства, али се у овом случају није примењивало шеријатско право. За истраживање и признање очинства важило је грађанско право, па је истраживање очинства било допуштено, осим на подручју на ком је важио СГЗ. Оспоравање очинства било је могуће само на основу установе лиана и било је јако тешко. Установа лиана подразумевала је узајамно проклињање мужа и жене, у томе је морала да учествује и жена, па је без њене воље било немогуће оспорити брачност детета.⁷⁰ Ни признање мајке да дете потиче из недозвољених односа, ни њен неморалан живот нису могли оборити претпоставку очинства.⁷¹

Ванбрачно дете је припадало мајци и она је имала обавезу да га издржава. Ако мајка није била у могућности да издржава дете, ова обавеза би прешла на општину. У случају утврђења или признања очинства путем грађанског права, дете би имало право на очево презиме и право на издржавање, исто по грађанском праву.⁷²

Шеријатско право није познавало класичне начине позакоњења деце. Децу је било могуће позаконити једино ако би ванбрачни родитељи који се не венчају пред шеријатским судом доказали да су се венчали пред сведоцима. Тако би легализовали свој брак, а и деца би постала брачна. Други начин позакоњења у шеријатском праву односи се на четврту групу ванбрачне деце, тј. на ону децу која су се родила после истека рока од две године од развода брака. Бивши муж

68 *Ibid.*, 5–6.

69 Мехмед Беговић, *Положај ванбрачне деце у шеријатском и грађанском праву*, Босанска пошта, Сарајево 1939, 5 и Abdulah Bušatlić, *Porodično i nasledno pravo muslimana*, Islamska dioničarska štamparija, Сарајево 1926, 76–82.

70 A. Bušatlić, 78–80.

71 M. Беговић, 5–6.

72 *Ibid.*, 6–7.

или његови наследници могу овом детету признати брачност и тиме их увести у ред наследника.⁷³

Усвојење је било допуштено у шеријатском праву једино у случају да порекло детета није познато. Тако је ванбрачни отац могао да дође у сродство према свом детету путем усвојења.⁷⁴ Спорно је само да ли се на усвојење примењивало шеријатско или грађанско право, али је овај спор више био везан за децу рођену у браку.⁷⁵

Ванбрачно дете је имало законско наследно право према мајци, и мајка је имала исто према њему.

4. ПРЕДОСНОВА ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА ЗА КРАЉЕВИНУ ЈУГОСЛАВИЈУ – ПОКУШАЈ РЕФОРМЕ

Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију из 1934. године⁷⁶ била је нацрт кодификације за нову државу.⁷⁷ Иако није стигла да буде усвојена, она је израђена у комисији Министарства правде, због чега се на њена решења може гледати као на израз тежњи тадашње политичке елите. Предоснова је за своју основу узела текст новелираног АГЗ-а, уз измене које је комисија сматрала потребним. Измене су најчешће рађене по узору на две чехословачке предоснове, које су за своју основу узеле исто АГЗ. Предоснова је положила ванбрачне деце регулисала члановима 191 – 209, а пошто они одговарају напред разматраној регулацији новелираног АГЗ-а, овде ће бити наведене само новине које Предоснова доноси.

- а) Рок за оспоравање очинства продужен је са три месеца на шест месеци (чл. 194–196). Оспоравање очинства од стране наследника оца могуће је под условом да отац за живота није признао очинство (чл. 196).
- б) Деца рођена у неважећем браку сматрају се брачним без обзира на савесност родитеља у тренутку закључења брака (чл.

73 М. Беговић, 6–7, А. Bušaltić, 161.

74 А. Bušaltić, 83–84.

75 Фикрет Карчић, *Шеријатски судови у Југославији 1918 – 1941*, Факултет исламских наука у Сарајеву, Сарајево 2005, 127.

76 Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију, Државна штампарија Краљевине Југославије, Београд 1934.

77 Детаљније о покушају кодификације грађанског права у првој Југославији види: Зоран Мирковић, „Кодификовање грађанског законика нове државе и његово место у историји европских кодификација“, Борис Беговић, Зоран Мирковић (прир.), *Свој година од уједињења – формирање државе и права* Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, 267–300.

- 199). Последица ове реформе је и да позаконење уклањањем брачних сметњи постаје непотребно.
- в) У случају кад детету прети опасност од мајчиног васпитања, Предоснова не даје оцу могућност да од мајке одузме дете, већ предвиђа да старатељски суд доноси сходне наредбе око старања над дететом (чл. 207). Месно надлежан ће бити старатељски суд мајке и детета, што олакшава њихов положај.
 - г) Трајање издржавања у АГЗ-у није било одређено. Због тога је у Предоснови прописано да издржавање траје све дотле док се дете не буде могло самостално издржавати (чл. 203 ст. 3). Иако прецизнија од АГЗ-а, ни Предоснова није дала потпуно одређен пропис, па је предлагано да се дужина издржавања, по узору на упоредно право, веже за одређени број година (шеснаест или осамнаест).
 - д) Обавеза давања мираза ванбрачној ћерки је проширена и на мајчине родитеље (чл. 1181).
 - ђ) Позаконење милошћу владоца прецизније је нормирано у Предоснови, а према пракси АГЗ-а. Тако Предоснова прецизније наводи да ову врсту позаконења могу тражити родитељи споразумно, само отац или само мајка, али само ако докаже привољење очево. Потребан је и пристанак детета или његовог старатеља. Овом врстом позаконења дете може да стекне, према молби и околностима случаја, или само очево презиме или и презиме и право наслеђивања очеве заоставштине(чл. 201).⁷⁸
 - е) Деца позаконења накнадним браком и деца из неважећег брака наслеђивала су исто као и брачна деца. Деца позаконења милошћу владоца наслеђивала су оца (али не и његову родбину) само у случају кад је отац при подношењу молбе захтевао да им се доделе наследна права (чл. 735–739). Правила о својству прворођења нису ушла у Предоснову због уставне забране фидеикомиса.
 - ж) У случају да отац није могао да позакони своје дете накнадним браком, Предоснова је прописивала олакшани поступак усвојења, у ком се од оца није тражило да испуни услове који су редовно тражени за усвојење, како би усвојио своје ванбрачно дете (чл. 217 ст. 2).
 - з) Отац је био дужан да накнади мајци трошкове порођаја, трошкове у вези са порођајем, као и издржавање за четири

78 Прецизније одређење ове норме вероватно је последица њеног ранијег екстензивног тумачења у српској судској пракси.

недеље пре и четири недеље после порођаја. Мајци је овај захтев припадао и онда кад је отац умро пре рођења детета или кад је дете мртворођено (чл. 205). Ова обавеза је у случају очеве смрти прелазила на његове наследнике (чл. 209 ст. 1).

- и) Мајка је могла да тражи да јој се унапред исплате трошкови порођаја, као и издржавање детета за прва три месеца. При том она није морала да учини вероватним да је њен захтев угрожен (чл. 206 ст. 2).

5. ПРОБЛЕМ СУКОБА ПОКРАЈИНСКИХ (ЛОКАЛНИХ) ЗАКОНА

Разлике у регулисању положаја ванбрачне деце доводиле су до сукоба закона. Најпроблематичнији је био сукоб закона по питању истраживања очинства, јер је у неким деловима Југославије његово истраживање било забрањено.

Као пример овог проблема може се навести један случај из судске праксе српског правосуђа.⁷⁹ Код Среског суда у Прокупљу поднесена је тужба за утврђење очинства. Тужени је признао да је имао полне односе са мајком детета у време зачећа у Словенској Бистрици, где је дете и рођено. Срески суд у Прокупљу донео је одлуку да се примени АГЗ, као право које се примењује у месту где је дете зачето и рођено. Ово становиште је у поступку по жалби потврдио и Окружни суд у Прокупљу. Касациони суд у Београду је по ревизији преиначио пресуду позивајући се на чл. 130 СГЗ-а као *lex fori*. Касациони суд заузео је становиште да је чл. 130 СГЗ пропис јавноправног карактера и као такав императивна норма која се безусловно примењује.

Прва Југославија није имала прописе о сукобу покрајинских закона, па се на њих, сходно томе, примењивало међународно приватно право. Али у конкретном случају утврђења очинства није било прописа међународног приватног права. Тако је решавање овог проблема остало теорији и судској пракси, које су нудиле три решења. Прво је било да се примени закон места где се десило полно општење са мајком, полазећи од тога да је ванбрачно полно општење противправно, па се дао применити принцип *lex loci delicti commissi*. Друго решење било је да се примени домаће право (*lex fori*). Треће и најсавременије решење било је примена персоналног права. Само је било спорно да ли треба применити персонално право оца, мајке, или де-

79 Т. Ивановић, „И за ванбрачно дете рођено на другој територији, не може се остваривати захтев за признање очинства на подручју Србије“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XXXIV (51), 1–6/1937 470.

тета, или кумулативну примену права оба родитеља, мајке и детета, или оца и детета. Највише заступника имало је персонално право детета (мада је оно скоро увек било исто као и кумулативно персонално право мајке и детета, јер је дете добијало држављанство по мајци).⁸⁰

Ова теоријска разматрања нису много утицала на Касациони суд у Београду, који је применио своје право као императивну норму јавног поретка. Критичари су наводили да примени јавног поретка у оваквим случајевима има места, али само у међународним питањима, али не и у међупокрајинским, јер је одлука донета у једној покрајини била обавезујућа за све и није се могла преиспитивати. Није било исправно да у покрајини где се суди може да важи њен јавни поредак, а да друга покрајина мора да призна ту одлуку без могућности да је преиспита по свом јавном поретку.⁸¹

Овакви случајеви правили су велики проблем за функционисање заједничке државе, компликујући и чинећи неизвесним решавање веома једноставних случајева. Због тога је Југославији у том моменту требала јединствена регулатива положаја ванбрачне деце. Ово питање је требало да буде решено доношењем грађанског законика за целу државу, али видевши да законик неће брзо бити донесен, неки правници су предлагали и доношење посебних прописа само о ванбрачној деци.

6. СТАВОВИ У ПРАВНОЈ НАУЦИ О РЕФОРМИ ПОЛОЖАЈА ВАНБРАЧНЕ ДЕЦЕ

Већ је било речи о томе да је проблем регулисања положаја ванбрачне деце био узрокован тешкоћом утврђивања очинства. Тај проблем био је решен на два начина: латински, где је било забрањено утврђивање очинства, и германски, где се веровало девојци (*virgini creditur*). Први начин се ослањао на мали број ванбрачне деце и на заштиту мушкараца од злоупотреба мајки. Очекивало се да ће се о ванбрачној деци, ако мајка не буде могла, старати држава. Међутим, број ванбрачне деце је растао,⁸² па је оптерећење буџета било велико, а њихови животни услови су били веома лоши, знатно су заостајали за брачном децом. Ово је значило да се значајан део

80 Бертолд Ајзнер, „Сукоб покрајинских (локалних) закона о питању истраживања ванбрачног очинства“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XXXVI (LIII), 1–2/1938, 43–47.

81 *Ibid.*, 46–47.

82 У првој Југославији број ванбрачне деце кретао се око 5% и био је међу нижима у поређењу са осталим европским земљама (В. Бакић, 7). Уз то, проценат ванбрачне деце разликовао се према регионима, и кретао се од 13% у Београду, до 1,4% у Зетској бановини (М. Беговић, 3).

популације једне државе ставља у лошији положај, што није било ни у чијем интересу. Нико почетком двадесетог века није понављао Наполеонову изјаву да друштво нема интереса да ванбрачна деца буду призната. Али и принцип да се мајци верује изгубио је на значају. У ранијим временима патријархалног друштва жене су ретко улазиле у полне односе ван брака, а и кад су улазиле, обично је то било са мушкарцима који су им обећали брак, или из детиње наивности. Таквим женама се веровало на реч и случајеви лажног означавања очинства нису били чести. Ипак, почетком века се ситуација променила и на том пољу, с обзиром на то да су ванбрачни полни односи постали чешћи и да је друштво почело да их гледа на други начин. Мајкама се више није могло једноставно веровати на реч. Ове промене довеле су и до разних реформи у законодавству. Са једне стране, тражило се да се однос из кога је дете зачето докаже (нпр. Црна Гора је код нас поштрила услове доказивања очинства), са друге стране државе које су забрањивале истраживање очинства су проширивале круг случајева кад је оно било дозвољено (француска реформа из 1912.).

Овај проблем нашао се и пред комисијом за израду грађанског законика за нову државу. Српски правници (проф. Перић, Аранђеловић, Митровић, Спасић и Несторовић) на почетку су заступали став да истраживање ванбрачног очинства треба уредити по француском решењу из 1912. у којем је истраживање очинства забрањено, али постоји шири број изузетака у којима је оно дозвољено. Овај предлог је отпао, што због немогућности да се већина убеди у њега, што због лошег положаја ванбрачне деце у деловима Југославије где очинство није могло да се истражује. Статистика је показивала већу стопу смртности код ванбрачне деце, неухрањеност и лошији физички развој те већу склоност криминалу.⁸³ Предоснова грађанског законика уредила је положај ванбрачне деце по угледу на новелирани АГЗ, вршећи неке корекције према чехословачкој предоснови.

АГЗ је имао неколико решења која су оспоравана. Прво је било недозвољавање приговора више наложника. Ово је критиковано као неправедно по туженог мушкарца, јер није сигурно да је он отац детета. Уз то, мајци би се допуштало да ово злоупотреби па означи најимућнијег као оца, некад чак и да намерно заводи имућне мушкарце како би од њих добила издржавање. Друго проблематично решење је што призната деца и деца у неким случајевима утврђивања очинства (обећање брака, искоришћавање моћи и положаја) нису изједначена

83 B. Eisner, M. Pliverić, 204.

са брачном децом тј. нису имала право законског наслеђивања иза оца. Аустријски правници су ово своје решење образлагали тиме да отац може своју децу да позакони накнадним браком, као и да их усвоји, чиме би она била изједначена са брачном. Са друге стране, обим обавеза оца је смањен не би ли се очеви лакше одлучили да признају своју ванбрачну децу.

Овим питањима бавила се и правничка заједница у Југославији. Важност овог питања потврђује и то што је оно као прва тема разматрано на осмом Конгресу правника Краљевине Југославије. На тему како да се у новом законуку уреди положај ванбрачне деце написана су три реферата, аутора Драгољуба Аранђеловића, професора из Београда, Бертолда Ајзнера, професора из Загреба, и Милоша Јовичића, председника Апелационог суда у Београду. У рефератима су дати прегледи упоредног права и домаће ситуације, па су аутори на основу претходног давали своје предлоге. Д. Аранђеловић (који се раније залагао за уређење положаја ванбрачног детета по француском моделу), у свом реферату предлаже да се дозволи испитивање очинства, али и да се дозволи приговор више наложника. У случају да неко докаже да је мајка имала полне односе и са другим мушкарцима, не би могао бити оглашен за оца. Овај приговор не би требало да буде допуштен мушкарцу који је са мајком живео у конкубинату.⁸⁴ Право наслеђивања оца треба признати ванбрачној деци само у случају кад је отац живео са мајком у конкубинату, признао очинство, дошао до ванбрачног сношаја са мајком кажњивом радњом, као и кад је мајци обећао брак. У овим случајевима ванбрачно дете би наслеђивало половину дела који наслеђује брачно дете.⁸⁵ Б. Ајзнер је предлагао швајцарско решење модификовано са норвешким.⁸⁶ По швајцарском праву, ванбрачно дете могло је да добије исти положај према оцу као и брачно дете ако га је отац признао, ако је мајку завео обећањем женидбе или злоупотребом власти, или ако је полним односом са њом учинио кривично дело, а зачеће пада у време тог односа. Ако се није радило о претходно набројаним случајевима у којима ванбрачно дете добија исти положај као и брачно (укљу-

84 Драгољуб Аранђеловић, „Како да се у новом грађанском законуку уреди положај ванбрачне деце“, *Споменица Конгреса правника у Новом Саду 1938*, Конгрес правника, Београд 1938, 19–20.

85 *Ibid.*

86 У свом ранијем мишљењу о Предоснови проф. Ајзнер се залагао за норвешко-данско решење као најбоље за дете, али је накнадно променио мишљење, и заузео став да се мора штитити и породични интерес, као и интерес брачне заједнице. В. Eisner, М. Pliverić, 199–204.

чујући и наследно право), оно је свакако могло да захтева од оца издржавање.⁸⁷ Он се исто залагао за увођење приговора више наложника, али са другачијим дејством. У случају да је мајка имала полне односе са више мушкараца у време зачећа, отац се неће утврђивати, али ће сви мушкарци који су имали сексуалне односе са мајком имати солидарну обавезу да издржавају дете⁸⁸ (ово је модификација норвешким правом, јер у швајцарском праву приговор више наложника онемогућава утврђење очинства). М. Јовичић је дао обиман преглед пројеката закона у међуратном периоду. Тако је предлог за уређење проблема по приговору више наложника нашао у немачком пројекту од 1929. године. У случају да је у време зачећа мајка општила са више мушкараца, она је била обавезна да поднесе тужбу против свих, а онда би суд одлучио који од њих је највероватније одговоран, и њега би осудио на издржавање детета.⁸⁹ Норвешко решење овог проблема одбацивао је наводећи да би децу додатно стигматизовало да имају више отаца. У погледу власти над дететом, судија Јовичић је предлагао да се и мајци да родитељска власт над ванбрачним дететом по угледу на швајцарско право, уместо постављања старатеља по АГЗ-у и Предоснови.⁹⁰ Предлагао је да се ванбрачној деци ускрати право законског наслеђивања оца. У прилог томе наводио је да би то доводило до комадања породичне имовине, што би било посебно критично за индустријске комплексе, као и разлог да ванбрачно дете није учествовало у стварању те имовине, а у то доба се сматрало да сродство није једини корен наслеђивања и да поред њега постоји и економски корен – у виду доприноса имању које се наслеђује.⁹¹

Конгрес правника усвојио је и резолуцију која гласи:

„Конгрес правника сматра да наше законодавство треба да што пре побољша правни положај ванбрачне деце. При томе треба:

- 1) да се сваком ванбрачном детету обезбеде средства издржавања, васпитања и напретка;
- 2) да се код признате деце олакшаним поступком омогући усвојење од стране оца и тиме ставе у положај усвојене деце са свима правима према усвојитељу и његовој родбини;

87 Bertold Eisner, „Kako da se u novom građanskom zakoniku uredi...“, 28–29.

88 *Ibid.*, 30.

89 М. Јовичић, 41.

90 *Ibid.*, 47.

91 *Ibid.*, 54.

- 3) да се непризнатој деци судским путем (по званичној дужности) тражи и утврди издржавалац;
- 4) да ванбрачно дете има према матери и њеној родбини сва права брачне деце.⁹²

Од ове четири тачке најинтересантнија и најзначајнија је свакако друга, којом се захтева лакши поступак усвојења признате деце. Јован Пивнички објашњава да се овде не тражи поступак усвојења у смислу формалног уговора овереног код јавног бележника, већ се тражи да се код неформалног признања тј. признања конклюдентним радњама, које Конгрес није сматрао довољним, допусти усвојење олакшаним поступком. Какав би био тај поступак, није одређено у резолуцији. Ту се вероватно мислило и на децу рођену у конкубинату, којој би требало према проф. Пивничком дати пуно наследно право према оцу или половину дела ако наслеђују у стицају са брачном децом. Ванбрачној деци не би требало признати сродство према оцу и његовој родбини (оно се, наравно, могло успоставити позакоњењем или усвојењем, али не и против воље оца), али би им требало омогућити да носе очево презиме (у то време веома значајан предлог, како каже аутор текста: „ношење презимена природног му оца често има већу вредност него и иметак“).⁹³

Положајем ванбрачне деце бавили су се многобројни чланци и расправе. Разна решења су предлагана у потрази за балансом између конзервативног друштва и заштите интереса ванбрачне деце. Тако Ј. Пивнички у свом осврту на прописе Предоснове прво проглашава иронијом што се тај „платац“ (своди природног оца на даваоца издржавања) назива светим именом оца, а затим наводи да та деца нису сама крива за свој положај и да би им требало, под условима да су призната или примљена у кућу, дати наследно право иза оца по угледу на швајцарско право (пола дела ако наслеђују заједно са брачном децом, у другим случајевима цео део).⁹⁴ Б. Ајзнер и М. Пливерић у свом мишљењу о Предоснови предлагали су да се детету за кога се признањем или судским путем са сигурношћу утврди отац, призна право законског наслеђивања оца.⁹⁵

Дебати о положају ванбрачне деце, поред великог броја радова у правничким часописима, допринела су и женска удружења и њихова

92 Резолуција конгреса правника у Новом Саду, наведено према Јован Пивнички, „Правни положај ванбрачне деце“, *Правнички гласник*, 7–8/1939, 193–197.

93 *Ibid.*, 195–197.

94 Ј. Пивнички, *Неколико найомена њоводом Предоснове грађанскої законика за Краљеву Југославију*, пишчево издање, 1936, 34–35.

95 В. Eisner, М. Pliverić, 356.

гласила која су доста писала на ову тему.⁹⁶ Уз то су организована јавна предавања и скупови на којима су ови радови читани и где се дискутовало о њима, што значи да се о поправљању положаја ванбрачне деце није само писало, већ се оно и јавно заговарало.

7. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Положај ванбрачне деце на правним подручјима је био различит. На војвођанском и правним подручјима на којима је важио АГЗ ванбрачна деца су била у великој мери заштићена, то што је било омогућено истраживање очинства, као и обавеза оца да их издржава, обезбедили су им пристојну егзистенцију и могућност за школовање. Уз то, наследно право иза мајке (у случају новелираног АГЗ-а и иза мајчиних сродника) давало је ванбрачној деци и одређени почетни капитал, али су она остала обесправљена у наслеђивању иза оца. Црногорско право је отежало утврђивање очинства, али је у случају да се отац утврди, дете имало право на издржавање. По питању наследног права иза родитеља, ванбрачна деца у Црној Гори била су потпуно обесправљена и без права наслеђа уколико нису била примљена у кућу или позакоњена. Најнеповољнији положај ванбрачна деца имала су у српском праву у ком је истраживање очинства било забрањено, па се отац није могао принудити да издржава дете, осим ако би га добровољно признао. Ванбрачна деца по српском праву нису имала наследно право иза родитеља. Обавеза мајке да издржава своје ванбрачно дете била је једина одредба којом се штитио интерес ванбрачне деце.

Предоснова је за основу узела новелирани АГЗ, који је у поређењу са осталим прописима примењиваним у Југославији био најповољнији по ванбрачну децу. Измене и допуне које су редактори учинили додатно су поправиле положај ванбрачне деце (изузев продуженог рока за оспоравање очинства, што јесте било погоршање, али његов значај није био велики).

Одредбе Предоснове нису изједначиле ванбрачну децу са децом рођеном у браку. Ванбрачна деца остала су обесправљена у погледу наслеђивања оца и његових сродника. Али и поред тог крупног недостатка, Предоснова је представљала велики напредак, посебно у

96 Види: Милосав Смиљанић, „Правни и етички положај ванбрачне матере и ванбрачног детета“, *Женски њокреј*, 4/1923, 145–163, Лепосава Петковић, „Жена пред законом у Србији“, *Женски њокреј*, књ. 1, 11–12/1921, 337–344, Алозија Штеби, „Жена пред Грађанским Законом у Словеначкој“, *Женски њокреј*, књ. 1, 11–12/1921, 351–362.

односу на СГЗ и прописе који су важили на црногорском правном подручју. Давање наследног права иза оца и његових сродника (уз давање очевог презимена) значило би изједначење ванбрачне деце са брачном, а оваква реформа није била могућа у патријархалној средини Југославије из прве половине двадесетог века. Треба нагласити да су горе изложена решења критикована и да су уместо њих предлагана нека знатно неповољнија решења. У случају ванбрачне деце то је био француски модел по Закону из 1912. Изједначење ванбрачне са брачном децом било је могуће тек после рата и револуције, у условима кад законодавац није морао да рачуна на подршку јавног мњења, и кад је био слободан да озакони најнапредније решење.

Прописи Предоснове о ванбрачној деци нису се пуно разликовали од истих прописа европских држава тог доба. Предност Предоснове је била одсуство приговора више наложника. Иако донекле неправедна по претпостављеног оца, могућност мајке да тужи било ког партнера за издржавање детета давала је детету већу материјалну сигурност. У системима у којима је допуштен, приговор више наложника може имати два дејства – онемогућити утврђење очинства или утврђење солидарне обавезе свих мајчиних партнера да издржавају дете. Прва могућност је веома неповољна по дете и као таква недопустива. Друга могућност је повољна по дете и доста праведнија према партнерима мајке, али би у југословенском друштву чињеница да неко има више отаца вероватно била подлога за стигматизацију. Зато треба оценити као прилично добро решење одсуство приговора више наложника.

Југословенски правници доста су писали о положају ванбрачне деце. Они су били суочени са свим проблемима које је носило питање регулисања положаја ванбрачне деце у њиховом времену, а који су наведени горе. У таквој ситуацији, сви радови и предлози писани на ову тему тражили су побољшање положаја ванбрачне деце, али нису сви нудили иста решења. Део правника се залагао за што већу заштиту њихових интереса, док су други пажљиво мерили бенефиције које би се дале ванбрачној деци, стављајући акценат на заштиту конзервативних вредности и предупређујући могуће злоупотребе. Треба нагласити да је у међуратној правној теорији став конзервативних аутора по питањима ванбрачне деце био знатно блажи него по другим питањима и да је око великог дела потребних реформи постојао консензус.

Имајући све ово у виду, може се закључити да је у првој Југославији питање ванбрачне деце било отворено. Програм реформе у Предоснови грађанског законика био је велики напредак, а судећи по

писању у стручним часописима, постојала је могућност да се пројекат законика додатно унапреди. Ставови теорије, иако данашњем читаоцу делују као умерени, за прилике тог времена били су прилично напредни. Реформа није спроведена до краја, иако њена припрема и дискусија око ње показују напоре друштва да се праведније уреди положај ванбрачне деце.

БИБЛИОГРАФИЈА:

ИЗВОРИ:

- Аустријски Грађански законик*, прев. Драгољуб Аранђеловић, Просвета, Београд 1921.
- Законик Данила Првог, https://www.rastko.rs/rastko-cg/povijest/knjaz_danilo_zakonik_c.html, приступљено 23. јула 2020.
- Закон о ванбрачној дјечи за Књажевину Црну Гору, Б. Павићевић и Р. Распоповић (прир.), *Црнојорски законици – њихови извори и историјски акти од значаја за историју државности Црне Горе*, књига III, Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 236–246.
- Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију*, Државна штампарија Краљевине Југославије, Београд 1934.
- Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије*, Нова књига, Београд 1988, 207–231.
- Устав Краљевине Југославије, *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије*, Нова књига, Београд 1988, 247–265.
- Лазар Марковић (прир.), *Грађански законик Краљевине Србије са крајњим објашњењима*, Књижара Геце Кона, Београд, 1921.
- Adolfo Rušnov (ur.), *Opći austrijski građanski zakonik*, Štamparija St. Kugli, Zagreb 18??.

ЛИТЕРАТУРА:

- Бертолд Ајзнер, *О опћем грађанском праву у Босни и Херцеговини*, прештампано из Архива за правне и друштвене науке, Београд 1920.
- Bertold Eisner, „Šerijatsko pravo i naš jedinstveni građanski zakonik“, *Правосуђе*, посебан отисак из бр. 6 за јул 1936.
- Bertold Eisner, Mladen Pliverić, *Mišljenja o predosnovi Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, Pravničko društvo, Zagreb 1937.
- Bertold Eisner, „Kako da se u novom građanskom zakoniku uredi položaj vanbračne dece“, *Сјоменица Конгреса правника у Новом Саду* 1938, Конгрес правника, Београд 1938, 22–31.

- Бертолд Ајзнер, „Сукоб покрајинских (локалних) закона о питању истраживања ванбрачног очинства“, *Архив за љравне и друштвене науке*, књ. XXXVI (LIII), 1–2/1938, 43–47.
- Драгољуб Аранђеловић, *Неколико речи о миразу, сиреми и удомљењу*, Књи-жара Геце Кона, Београд 1912.
- Драгољуб Аранђеловић, „О позакоњењу деце конвалидацијом брака“, *Архив за љравне и друштвене науке*, књ. XXXIV, 4/1928, 249–251.
- Драгољуб Аранђеловић, „Како да се у новом грађанском законуку уреди положај ванбрачне деце“, *Сјоменица Конјреса љравника у Новом Саду* 1938, Конгрес правника, Београд 1938, 11–21.
- Војислав Бакић, *Правни љоложај ванбрачне деце у ФНРЈ*, Београд 1957.
- Мехмед Беговић, *Положај ванбрачне деце у шеријатском и љрађанском љраву*, Босанска пошта, Сарајево 1939.
- Валтазар Богишић, *Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији*, Црногорска академија наука и уметности, Титоград 1984.
- Abdulah Bušatlić, *Porodično i nasledno pravo muslimana*, Islamska dioničarska štamparija, Sarajevo 1926.
- Глиша Богданфи, Никола Николић, *Ојишће љривајино љраво које важи у Војводини*, Напредак, Панчево 1925.
- Данило Данић, *Поводом једне важне одлуке Касационој суда*, Време, Београд 1928.
- Данило Данић, „Правни положај ванбрачне деце“, *Бранич*, 2/1935, 43–50.
- Гордана Дракић, „Правни положај ванбрачне деце према прописима важећим на војвођанском правном подручју у Краљевини Срба, Храта и Словенаца“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, vol. XLVII, 4/2013, 217–226.
- Гордана Дракић, „Формирање правног система у међуратној југословенској држави“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, vol. XLII, 1–2/2008, 645–655.
- Андра Ђорђевић, „Наследно право“, *Бранич*, 3/1904, 129–144.
- Стеван Живадиновић, „О прописима Српског грађанског законика који одређују наследна права деце позакоњене милошћу владаоцем“, *Архив за љравне и друштвене науке*, књ. XXXII (XLIX), 1–6/1936, 167–174.
- Boris Zarnik, „О значењу pretrage krvi за одређивање очинства“, *Мјесећник*, књ. LIV, 4/1928, 200–208.
- Тих. М. Ивановић, „И за ванбрачно дете рођено на другој територији, не може се остваривати захтев за признање очинства на подручју Србије“, *Архив за љравне и друштвене науке*, књ. XXXIV (51), 1–6/1937, 470.
- Тих. М. Ивановић, „Подизање тужбе од стране мужа за развод брака због провођења блуда сматра се у исто време и као одрицање брачности детета у смислу чл. 128. грађ. зак.“, *Бранич*, год. XVII (VIII), 4/1932, 208–209.

- Милош Јовић, „Како да се у новом грађанском законнику уреди положај ванбрачне деце“, *Сјоменица Конгреса правника у Новом Саду 1938*, Конгрес правника, Београд 1938, 32–56.
- Фикрет Карчић, *Шеријатски судови у Југославији 1918 – 1941*, Факултет исламских наука у Сарајеву, Сарајево 2005.
- Маша М. Кулаузов, „Одредбе о ванбрачној деци у црногорском законодавству XIX века“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2012, 285–295.
- Маша М. Кулаузов, „Законодавство и судска пракса о ванбрачној деци у Србији XIX века“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. XLVIII, 3/2014, 279–289.
- Маша М. Кулаузов, „Предлози измена законске одредбе о истраживању ванбрачног очинства из 1855. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. XLIX, 4/2015, 1751–1760.
- Адам Лазаревић, „О истраживању очинства“, *Бранич*, 1–2/1928, 19–26.
- Стеван Максимовић, *Суђења у Пожаревачком мајистирају 1827–1844*, ГИП Просвета, Пожаревац 1973.
- Лазар Марковић, *Породично право*, Књижара Геце Кона, Београд 1920.
- Јован Мијушковић, „Истраживање ванбрачног очинства по црногорском законодавству“, *Бранич*, 1–9/1929, 6–12.
- Зоран Мирковић, „Кодификовање грађанског законика нове државе и његово место у историји европских кодификација“, Борис Беговић, Зоран Мирковић (прир.), *Сто година од уједињења – формирање државе и права*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, 267–300.
- Edin Mutapčić, „Austrijski građanski zakonik i njegova primjena u Bosni i Hercegovini poslije 1918. godine“, Edin Mutapčić (ur.), *Austrijski građanski zakonik*, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, Tuzla 2011, 153–169.
- Лепосава Петковић, „Жена пред законом у Србији“, *Женски покрет*, књ. 1, 11–12/1921, 337–344.
- Јован Пивнички, *Неколико најомена њоводом Предоснове грађанског законика за Краљевину Југославију*, пишчево издање, 1936.
- Јован Пивнички, „Правни положај ванбрачне деце“, *Правнички гласник*, 7–8/1939, 193–197.
- Звонимир Пишуклић, Имре Ђерђ, *Основи приватног права у Војводини*, Књижарница Геце Кона, Београд 1924.
- Милосав Смиљанић, „Правни и етички положај ванбрачне матере и ванбрачног детета“, *Женски покрет*, 4/1923, 145–163.
- Божидар Томовић, *Наследно обичајно право у Црној Гори*, Задруга штампарских радника, Београд 1926.

Simo. M. ILIĆ*

THE LEGAL POSITION OF ILLEGITIMATE CHILDREN IN THE FIRST YUGOSLAVIA

Summary

The paper examines the legal position of illegitimate children in the Kingdom of Yugoslavia. The legal system in Yugoslavia was not unified and therefore the position of illegitimate children differed from one legal territory to another. In Serbian legal territory, their position was extremely difficult as investigations into paternity were forbidden and illegitimate children did not have any rights of inheritance. In Montenegro, investigation into paternity was permitted, but difficult to do. Illegitimate children did not have any rights of inheritance. In other territories, investigations into paternity were permitted and the children had the legal right to inherit from their mothers or from their mothers and their mothers' families. In the Draft of the unified civil code, the legal position of illegitimate children was regulated in accordance with Austrian law, with moderate improvements. There was a lot of discussion in legal theory and a range of improvements was proposed for the solutions in the Draft. Illegitimate children remained unequal to legitimate, and the most significant disadvantage was the absence of the right of inheritance regarding the father. Efforts were made in order to partially resolve this issue by making legitimation easier.

Key words: *Illegitimate children. – Yugoslavian legislature. – Draft Civil Code for the Kingdom of Yugoslavia. – Establishment of non-marital paternity. – Legalization of illegitimate children.*

Рад приспео / Paper received: 12.6.2020.

Измењена верзија / Revised version: 30.7.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 24.8.2020.

* Student of master studies at the University of Belgrade Faculty of Law,
email: simoilic@hotmail.com

UDC 342.726-055.2(549.1)

CERIF: S112, S114, S130, H250, H300

DOI: 10.51204/HLH_20110A

HASSAN Amna*

WOMEN IN PAKISTAN – A COMPARATIVE ANALYSIS OF WOMEN’S RIGHTS ON THE BASIS OF ANGLO-SAXON AND MUSLIM LEGAL TRADITIONS

This paper draws attention towards the legal status of women in the Anglo-Saxon (common law) and Muslim legal traditions (Sharia law) of the Islamic Republic of Pakistan. In the beginning, the paper provides elaboration on the concept and historical background of Sharia law. The paper then chalks out in detail the historical background of women’s status in Pakistan based on two basic parameters, that is, on the basis of their rights under Sharia law and on the basis of their rights under common law i.e. the Constitution and legal Statutes. Although Sharia law generally treats women as equal to men, there are still certain matters in which women are treated unequally such as marriage, divorce, inheritance, property rights, etc. The paper then concludes with a comprehensive analysis of the rights of women in Pakistan under both systems of law through a study of case-law.

Keywords: *Women in Pakistan. – Status and Rights. – Sharia Law. – Common Law. – Case-Study.*

1. INTRODUCTION

Pakistan bears a mixed legal system, that is, a combination of Sharia law and common law. The Sharia law (also known as Islamic law) has been in existence along with other cultural norms during the early

* Doctoral student at the University of Pecs Faculty of Law,
hassan.amna@ajk.pte.hu, maryshah28@gmail.com

This paper is part of my doctoral thesis project titled, ‘*Comparative Analysis of Core Issues of Contract Law regarding Anglo-Saxon, Continental, and Sharia Legal Systems with respect to the relevant Statutes of Women*’. It forms part of chapter 3 of the thesis. It has also been accepted for the Iustoria 2020 conference, which has been postponed due to the coronavirus pandemic.

Islamic states of the 18th and 19th century.¹ By definition, Sharia law is a fundamental religious law that forms the core of Islamic tradition. According to the long-standing theory of Islamic Jurisprudence, there are four fundamental sources of Sharia law, namely the Holy Quran, Sunnah (acts and sayings of the Prophet), *Ijma* (juridical consensus) and *Qiyas* (analogical reasoning).² Several schools of thought in Islam, (including Hanafi, Maliki, Shafi'i, Hanbali and Jafari) developed their legal methodologies in accordance with the teachings of these four basic sources of Islamic law.³ The traditional jurisprudence, referred to as *fiqh* under Sharia law, makes a distinction between two fundamental branches of Sharia law into *ibadat* (rituals) and *muamalat* (social relations). This distinction gives rise to a variety of topics,⁴ which leads to an overlapping of certain Sharia law notions with that of the Western law, whereas certain Sharia Law issues remain intact, emphasizing the need to live in accordance with the teachings of Islam.

Traditionally, Sharia law was construed by independent muftis (commonly referred to as jurists), based on the teachings of Islam and various legal sources. The *fiqh* was expounded through the help of religious scholars, mostly by way of legal opinions (also known as *fatwas*) issued by expert jurists. Historically, *fiqh* was enforced in the Sharia courts by a judge, who was appointed by the ruler of that time. It was the duty of the judge to settle issues relating to civil disputes and societal matters, while criminal justice was ensured and administered by the Sultanate courts, police, and market inspectors, who were given the discretion to decide such matters either in accordance with the Sharia law or State law.⁵ The minority communities (usually non-Muslims) enjoyed legal independence in matters pertaining to personal status, where Sharia law was no longer applied and they were given autonomy to seek justice in the light of their own religion.

Nevertheless, at present, several Statutes based on European models are in regulation in most of the Muslim countries attempting to replace

- 1 Jan Michiel Otto, *Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden University Press, Leiden 2009, 615–616.
- 2 John L. Esposito, Natana J. DeLong-Bas, *Women in Muslim family law*, Syracuse University Press, US 2001, 2.
- 3 John L. Esposito, *Islamic Law: The Oxford Dictionary of Islam*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- 4 Norman Calder, "Law: Legal Thought and Jurisprudence", John L. Esposito (ed.), *The Oxford Encyclopedia of the Islamic World*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- 5 Farhat J. Ziadeh, "Criminal Law", John L. Esposito (ed.), *The Oxford Encyclopedia of the Islamic World*, Oxford University Press, Oxford 2009.

the classical Sharia laws.⁶ Not only this, the Muslim countries also brought their legal education and judicial practices in accordance with the European practice. Although most of those Muslim countries still hold on to the notions of Sharia law in their constitutions, those classical notions of Sharia law have been restricted to family laws or personal status laws. The Legislative bodies in those Muslim countries aimed at codifying the rules of Sharia in an attempt to modernize them to match the changing needs of the times, without abandoning their basis in traditional jurisprudence.⁷ In the 20th century, Islamist movements called for the complete implementation and enforcement of Sharia law, together with *hudud* punishments e.g. stoning to death. In certain cases, this Islamization led to classical legal reform, whilst in other cases some progressive reformers advocated for the reinterpretation of Sharia by the qualified judiciary.⁸ Although these *hudud* punishments are granted exaggerated importance in international media, the Muslim countries are reluctant in enforcing such punishments in their territories and their implementation is based in accordance with the political climate of the country.⁹

There are several instances where non-Muslim countries allow for the use of Sharia law for their Muslim-minority in matters of personal status.¹⁰ On the other hand, there are some non-Muslim countries where a significant Muslim minority has made several calls for adoption of Sharia law in the legal system and these calls have become hotly debated on an international level.¹¹ In addition, several Islamic movements in Muslim-majority countries like Pakistan have called for reinstating Sharia law in the legal system referring to their demand as ‘a long-standing goal for Islamist movements’,¹² and such calls for reinstating or ex-

6 Jan Michiel Otto, *Sharia and National Law in Muslim Countries: Tensions and Opportunities for Dutch and EU Foreign Policy*, Amsterdam University Press, Netherland 2008, 19.

7 *Ibid.*

8 Intisar A. Rabb, “Law: Civil Law & Courts”, John L. Esposito (ed.), *The Oxford Encyclopedia of the Islamic World*, Oxford University Press, Oxford 2009.

9 *Ibid.*, 20.

10 Tad Stahnke, Robert C. Blitt, “The Religion-State Relationship and the Right to Freedom of Religion or Belief: A Comparative Textual Analysis of the Constitutions of Predominantly Muslim Countries”, *Georgetown Journal of International Law* 36/2005, 13–19.

11 Tom Brooks-Pollock, “The countries where a majority of Muslims want to live under Sharia law”, *The Independent*, <https://www.independent.co.uk/news/world/countries-where-majority-muslims-want-live-under-sharia-law-a6773666.html>, last visited 20.4.2020.

12 Ira Lapidus, *The Cambridge Illustrated History of the Islamic World*, Cambridge University Press, Cambridge 1996, 293–98.

panding Sharia law are accompanied with controversy,¹³ violence,¹⁴ and even warfare.

When Pakistan gained independence in 1947, English laws remained in force until a new constitution was chalked out. The founder and father of Pakistan – Muhammad Ali Jinnah – envisaged a legal system for Pakistan in complete compliance or consonance with the teachings of Islam, which could not become a reality in his lifetime. Nevertheless, Jinnah was successful in formulating the political ideology of the country. During his law studies at Lincoln's Inn, Jinnah found British liberalism attractive and appealing. This ideal of British liberalism appealed to him so much so that he incorporated the English common law into the Pakistani legal system upon its independence.¹⁵ He assumed for himself the role of a ceremonial figurehead of Pakistani politics and therefore, Pakistan became a common law system country, with an adversarial court procedure and other common law practices, such as the judicial precedent and the idea of *stare decisis*.¹⁶

However, there are considerable differences between the Pakistani common law system and the traditional one. Firstly, the laws in Pakistan are entirely codified, be they civil or criminal laws. This is due to the enactment of Statutes by the British during their rule in the subcontinent.¹⁷ Secondly, the ideal of jury trials no longer exists in Pakistani common law due to dissatisfaction with its operation and mistrust from both the judiciary and the public. One Pakistani judge was reported calling these jury trials '*amateur justice*'.¹⁸ Thirdly, Pakistani jurisprudence is by-and-large influenced by the US-style Federal Structure with regards to its constitution.¹⁹ Fourthly, Sharia law, along with the traditional *jirga* system, bears an influence on the judicial development of the country.²⁰

13 Masako Iijima, "Islamic Police Tighten Grip on Indonesia's Aceh", *Reuters*, <https://www.reuters.com/article/us-indonesia-aceh-police-idUSTRE60D07420100114>, last visited 20.4.2020.

14 Roza Ibrahimova, "Dozens Killed in Violence in Northern Nigeria", *Al Jazeera*, <https://www.dailymotion.com/video/xr5wnq>, last visited 20.4.2020.

15 Asghar Ali Engineer, *They Too Fought for India's Freedom: The Role of Minorities*, Hope India Publications, Gurgaon 2006, 72.

16 Shaun D Pattinson, "The Human Rights Act and the doctrine of precedent", *Legal Studies* 35/2015, 142–164.

17 Amna Hassan, "Impact of the European Private Law Codification Outside Europe I: Common Law in the Old Colonial Empire", *Dezso Márkus Research Group for Comparative Legal History (DIKE)*, 3/2020, 172.

18 Feisal Naqvi, "Dispute Resolution: A Jury of One", *The Counsel*, Pakistan 3/2013.

19 Kashif Mahmood Tariq, "Impact of Anglo-American Jurisprudence on The Pakistan's Legal system", *Pakistan Journal of Islamic Research*, Pakistan 17/2016, 127.

20 Azam Chaudhary, "The Rule of Law Problems in Pakistan: An Anthropological Perspective of the Daughter's Traditional Share in the Patrimony in the Punjab", *Pakistan Journal of History and Culture*, 30/2009, 101–103.

Keeping in view Jinnah's vision of an Islamic state,²¹ the *ulama* or Islamic clergy became closely associated with Jinnah and acquired strength. After Jinnah's demise (just one year after gaining independence), one of the *ulama* – namely, Maulana Shabbir Ahmad Usmani – portrayed Jinnah as the greatest Muslim after the Mughal Emperor Aurangzeb and also compared his death to the demise of the Prophet.

Jinnah's view of converging the two differing legal systems, which is common law and Sharia law, was long carried on by the leaders of Pakistan and it had a lasting impact on the lawmakers in Pakistan in later times. The initial steps to transform the country into the desired Islamic state, as postulated by Jinnah, were taken by the very first Prime Minister of Pakistan – Liaquat Ali Khan. He presented the Objectives Resolution before the Constituent Assembly in 1949,²² which clearly gave the entire sovereignty in the universe to the God.²³ Not only this, the then president of the leading political party (Muslim League) in Pakistan shared his intentions of bringing together all the Muslim nations in the world into one entity, i.e. a pan-Islamic entity.²⁴ However, this pan-Islamic approach was not received in the same context by other Muslim nations at that time, simply due to the origin and basis of development of such nations. In many Muslim nations, the ideals of nationalism were built not only on Islam but also on other essential factors like ethnicity, language and culture.

As Pakistan was from the beginning separated into two wings – the East and West Pakistan – the East Pakistanis were suffering enormously at the hands of the minority West Pakistan wing. Therefore, in 1971, the East wing finally achieved independence from the West wing and became a new country (now known as Bangladesh). As a result of the elections already held in 1971, the Pakistan People's Party (PPP) won the elections and became the first elected government of West Pakistan (now known as the Islamic Republic of Pakistan) in years from 1947. This party was successful in constituting a legislative body capable of bringing a landmark constitution in the country in 1973,²⁵ known as the Constitution of 1973. Under this Constitution, the country was declared to be an Islamic Republic, i.e. Islam became the state religion. It also declared that the entire laws in force in the country should be brought in accordance with

21 Nadeem F. Paracha, "The first Pakistani?", *DAWN*, <https://www.dawn.com/news/1175127>, last visited 20.4.2020.

22 Rubina Saigol, "What is the most blatant lie taught through Pakistan textbooks?", *Herald*, *DAWN*, <https://www.dawn.com/news/1125484>, last visited 20.4.2020.

23 Shazia Rafi, "A case for Gandhara", *DAWN*, Pakistan, <https://www.dawn.com/news/1164469>, last visited 20.4.2020.

24 Ira Marvin Lapidus, *A History of Islamic Societies*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, 382–384.

25 Hussain Haqqani, *Pakistan: Between Mosque and Military*, Carnegie Endowment, 2010, 18.

the teachings of Islam as enshrined in the Holy Quran and Sunnah of the Prophet. It further stated that no law in derogation of the Islamic teachings is to be enforced in the country.²⁶ For that purpose, several institutions were established in the country, for instance the Sharia Court and Council of Islamic Ideology (CII).²⁷

On July 5th, 1977, the government of PPP was overthrown by a military coup led by the then Army General Zia-ul-Haq.²⁸ The centerpiece²⁹ of his governmental policy³⁰ was Islam and Islamization. Until Zia came into power, the Islamic revivalists had no real force in the country. But upon his arrival, they changed the entire foundation of Pakistan's legal history. Zia played a pivotal role in the move towards Islamization, possibly due to his personal piety³¹ and desire to acquire a political stronghold.³² He committed himself to establishing Pakistan as an Islamic state by enforcing the Sharia law. He established a parallel court system by forming the basis of Sharia courts and separate court benches³³ to decide legal cases by employing Islamic doctrines.³⁴ He also added several new criminal punishments and offences to the existing Criminal law of the country, including the offences of adultery, fornication, and blasphemy, to be punished by whipping, amputation, or stoning to death, etc.

2. STATUS OF WOMEN IN PAKISTAN

The level of gender subordination of women in Pakistan varies based on their class and region. The simple reason behind this is the uneven development in the socio-economic sectors and the impact of tribal and feudal systems on their lives.³⁵ Several religious groups and *ulama* who ac-

26 *Ibid.*, 491.

27 *Ibid.*, 19.

28 Sher Ali Khan, "Global connections: The crackdown on Hizbut Tahrir intensifies", *Herald, DAWN*, <http://herald.dawn.com/news/1153325>, last visited 20.4.2020.

29 Rainer Grote, *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford University Press, Oxford 2012, 196.

30 Khurshid Iqbal, *The Right to Development in International Law: The Case of Pakistan*, Routledge, 2009, 198.

31 Ian Talbot, *Pakistan, a Modern History*, St. Martin's Press, New York 1998, 251.

32 Roger D.Long / Gurharpal Singh / Yunas Samad / Ian Talbot, *State and Nation-Building in Pakistan: Beyond Islam and Security*, Routledge, 2015, 167.

33 Gilles Kepel, *Jihad: The Trail of Political Islam*, I.B.Tauris, London 2002, 100–101.

34 Siam Heng-Heng Michael / Chin Liew Ten, *State and Secularism: Perspectives from Asia*, World Scientific, Singapore 2010, 360.

35 Imran Sharif Chaudhry, "Gender Inequality in Education and Economic Growth: Case Study of Pakistan", *Pakistan Horizon* 60/2007, 81–91.

quired political power during and after the reign of Zia-ul-Haq advance and support the subordination of women in Pakistan. Initially, for example, rape victims were not allowed to use DNA evidence in their cases to prove rape against the guilty party in Pakistan. However, with the passage of time, the situation in Pakistan has improved with regards to issues like these. Now the women are allowed to prove their rape through DNA evidence, which is considered and admitted as conclusive proof in Pakistani courts too. As DNA test provides the courts with adequate means of identifying the accused / perpetrators with an increased degree of expertise, the DNA technology helps the courts in reaching a better conclusion whereby the real culprit can be convicted. Therefore, the Supreme Court of Pakistan in the *Salman Akram Raja vs. Government of Punjab*³⁶ case enunciated new guidelines for the concerned authorities to compulsorily administer DNA tests and preserve DNA evidence in all rape cases in Pakistan.

Moreover, there are several examples of women who held esteemed and high positions in the government of Pakistan; leading among them is the twice elected Prime-Minister Benazir Bhutto.³⁷ Additionally, the All Pakistan Ulama Council has recently released fatwas that condemn honor killings.³⁸ Some other improvements also surface as women traffic wardens are employed in road traffic control measures and an attempt is being made to increase the percentage of women in the police force as well.³⁹ Despite these improvements, widespread domestic abuse, increased child marriages and rapes still remain a bitter truth of the Pakistani society.

2.1. Historical Background of the Status of Women in Pakistan

Historically speaking, Muslim reformers like Syed Ahmad Khan advocated for women's right to education, prohibition of polygamy, and women empowerment by way of education. Jinnah was also known to possess a positive outlook towards women's rights. His sister Fatimah Jinnah became a well-known feminist struggling to alleviate socio-economic discriminations against women and after independence she became a valiant fighter for women rights. She also organized and established several

36 *Salman Akram Raja vs. Government of Punjab*, Constitution Petition No. 38, 2nd October, 2012, 2013 SCMR 203.

37 Imtiaz Tyab, "Pakistani police seeks to recruit more women", *Al Jazeera*, <https://www.aljazeera.com/news/2014/1/7/pakistani-police-seeks-to-recruit-more-women>, last visited 20.4.2020.

38 National Assembly of Pakistan, *The Constitution of the Islamic Republic of Pakistan*, Islamabad 2010.

39 Karen O'Connor, *Gender and Women's Leadership: A Reference Handbook*, SAGE Publication, London 2010, 382.

women's groups and feminist organizations to further her mission of empowering women in the nascent country of Pakistan.

According to Jinnah's own reflections, it is clear that the majority of Muslim women supported the Pakistan movement in the 1940's and this movement was a success partly due to the un-yielding support of Muslim women from every corner, whether they were wives, mothers, daughters, etc.⁴⁰ As soon as Pakistan came into being, the Muslim women were given the right to vote in 1947 and this right to vote was later confirmed during the national elections held in 1956 under the Constitution. Every constitution (1956, 1962 and 1973) in Pakistan contains an explicit provision reserving a number of seats in the Parliament for women, giving them the opportunity to participate in political processes of the country.

In 1973, the PPP government enacted a new Constitution, which is still in force in the country. This Constitution adopted the policy of gender equality in particular stating that *'there shall be no discrimination on the basis of sex alone'*. It also provides additional protection in matters of marriage, family, mother and child along with a guarantee of *'full participation of women in all spheres of national life'*.⁴¹ The tenure of the PPP government (1970–1977) is considered to be a period of liberal approach towards women and their rights. Women were allowed to work for any or all government services including the civil services, which was formerly barred to them. The PPP government also ensured a seat reservation of about 10% in the National Assembly and 5% in the provincial assemblies, without putting any further limitation on contesting general seats.⁴² However, the government faced an economic crisis due to the separation of East Pakistan in 1971 and therefore could not achieve much success with the implementation of all such policies regarding women's participation in legislative bodies.⁴³ Also, several judges upheld the implementation of Sharia laws, which were often misinterpreted and went against the express provisions of the Constitution calling for non-discrimination based on sex alone. It was done based on the evidentiary requirements laid down in Zina Ordinance, which are quite strict. For instance, a woman accusing a man of rape must prove without a reasonable doubt that the man had raped her. Because of the apparent bias within the judiciary and society at

40 Dr. Mahmooda Hashmi, "Quaid-e-Azam Mohammad Ali Jinnah and the Female Leadership", *Pakistan Journal of History & Culture* 22/2001, 158–159.

41 National Assembly, The Constitution of the Islamic Republic of Pakistan, Pakistan, 12.4.1973: Art. 25; 27; 32; 34; 35.

42 Mariam S. Pal, *Women in Pakistan: Country Briefing Paper*, Asian Development Bank, 2000, 21.

43 I. Talbot, 202–224.

large, many women fail to even report the rape. If a victim cannot prove to the judiciary that she has been raped, she is liable to end up in prison for adultery or non-marital intercourse.⁴⁴ In the Safiabibi case,⁴⁵ the twenty-year old unmarried girl was sentenced by the court to 3 years of imprisonment, 15 stripes and a fine of Rs. 1000 for the lack of sufficient evidence in establishing her rape by Maqsood.

The tenure of Zia's government is full of contradictions with regard to the status of women rights in Pakistan. On the brighter side, it is said that his regime took several steps to advance women's rights by establishing a Women's Division, a Commission on the Status of Women and a chapter on women in the Sixth Plan Development (1977–1986) for the very first time. Syeda Abida Hussain was made the chairperson for preparing this chapter, heading a group of twenty-eight professional women. The main aim envisioned in this Plan was '*to adopt an integrated approach to improve women's status*'.⁴⁶ His government also doubled the quota for women's reserved seats in 1985, and appointed twenty women as members of the Majlis-e-Shoora (Federal Advisory Council).⁴⁷

However, the darker side, which is a bitter truth, states that his Islamization process introduced discriminatory laws against women, including the Hudud Ordinances and *Qanun-e-Shahadat* Order (Law of Evidence).⁴⁸ He prohibited women participation in sports and promulgated purdah. He also suspended the fundamental rights provided expressly in the 1973 Constitution, including the right to non-discrimination on the basis of sex. In reaction to Zia's controversial Hudud Ordinance, a feminist struggle arose in the 1980's, becoming the first real wave of fighting for women's rights. This feminist struggle gave rise to women associations like the Women's Action Forum (WAF) and these forums condemned the unjust laws contained in the Hudud Ordinance, raising awareness among the women in Pakistan. As these forums encompassed women from all spheres, they raised their voices against the government in the media, through protests on the streets, through educational campaigns in schools/colleges, and formulated the famous slogan – '*Men, money, mullahs and military*'.⁴⁹

44 Alice Bettencourt, *Violence against Women in Pakistan*, Litigation Report, Human Rights Advocacy Clinic 2000, 8.

45 Charles H. Kennedy, "Islamic Legal Reform and the Status of Women in Pakistan." *Journal of Islamic Studies* 2/1991, 48.

46 I. Tyab, 2014.

47 I. Talbot, 213–224.

48 Abdul Ghafur Muslim, "Islamization of Laws in Pakistan: Problems And Prospects", *Islamic Studies* 26/1987, 265–276.

49 Afiya Shehrbano Zia, "The reinvention of feminism in Pakistan", *Feminist Review*, 91/2009, 29–46.

Naturally, this feminist movement gained most attraction and appeal during the rule of the female Prime Minister Benazir Bhutto, who served twice as the Prime Minister of Pakistan (1988–1990 and 1993–1996). During her tenure, the NGOs and other focus groups were granted considerable power to urge the government to make amends with regards to the status and rights of women. However, many women in Pakistan still have to undergo social, religious, economic and political hurdles, which prevent them from exercising their political rights as voters, candidates and election administrators.⁵⁰ With the turmoil in Afghanistan in the early 2000s, the Taliban took refuge within the territory of Pakistan. These Taliban implemented strict Sharia codes within the territories they acquired control upon, thus denying women their due rights and freedom guaranteed under the Constitution of Pakistan.

To add to this dismal situation, the Prime Minister Nawaz Sharif who took office in 1997 came into power by gaining strong support from Islamic parties and Mullahs. Consequently, women found themselves caught in a losing battle against the conservative and religious political rivals.⁵¹ During his time in the government, Nawaz Sharif continued the Islamization process in Pakistan, following in the footsteps of Zia-ul-Haq. He introduced Islamic laws such as the Sharia Ordinance and Bait-ul-Maal (to support needy children, widows, etc.) to push the model of an Islamic welfare state on the country. In addition, he gave the Ministry of Religion tasks in preparing reports and suggestions on measures toward Islamization. He also expanded membership of the Organization for Economic Cooperation (ECO) to all Central Asian Muslim countries, uniting them into a Muslim Bloc.⁵²

Soon, women realized that their struggles for empowerment were not all in vain. They received momentum again during the regime of an Army General, Pervaiz Musharraf, who supported women empowerment and encouraged them to participate in the media, sports and other socio-political activities. This movement to empower women is still in force, although to a lesser degree than before, along with the efforts of the WAF, who has been able to successfully get through women-friendly bills, for example, the Criminal Law Amendment Act (2004), the Anti-Sexual Harassment Bill, the Criminal Acid Act, Protection of Women Act, Status of Women Bill and sundry regulations condemning honor killings and other crimes faced by women in Pakistani society.

50 Ayesha Khan, Nida Kirmani, "Moving Beyond the Binary: Gender-based Activism in Pakistan," *Feminist Dissent*, 3/2018: 151–191.

51 I. Talbot, 234.

52 John Wilson, Vikram Sood, Akmal Hussain, *Pakistan's economy in historical perspective: The Growth, Power and Poverty*, Dorling Kindersley (Pvt) Limited, New Delhi–Washington D.C. 2009, 220.

Moreover, during the rule of the PPP under President Asif Ali Zardari (2008–2013) the number of women participating in political forums rose, with women being appointed to esteemed positions, like the Speaker of Parliament Dr. Fehmida Mirza, Foreign Minister Hina Rabbani Khar, Media Advisor Sherry Rehman⁵³ and others who held prestigious positions within the government administration. Zardari also signed the bill on ‘Protection against Harassment of Women at Workplace Bill 2009’ that was adopted by the Parliament in 2010.⁵⁴ In addition, he also signed two other bills in 2012 aiming at criminalizing the traditional practices of Vani, watta-satta, swara, marriage to the Quran, acid throwing etc.⁵⁵ However, like the Nawaz government during its first tenure, the current government of the Pakistan Tehrik-e-Insaf (PTI) party also seems a bit conservative and restrictive. The current Prime Minister – Imran Khan – seems to favor Islamic ideals which might ultimately affect the status of Pakistani women in the future.

2.2. Rights of Women under Sharia Law

The role and status of women in the Muslim societies have been affected by the contradictory interpretations of the Holy Quran throughout the years. It must be kept in mind that all these interpretations of the versions of the Holy Quran are made by male scholars, which definitely impacts women and their status. As women in Muslim societies have always been kept away from seeking education, their capability to read and raise a voice against any of the interpretations impacting their lives seems greatly hindered. Their only source of knowledge and information was their father, husband or any other male member of the family. As a matter of fact, the differences of rights of men and women in Muslim societies stem from sexual, biological, and social realities, rather than a scientific basis.

The Holy Quran itself acknowledges the superiority of men over women and women over men in certain aspects with due regard to the natural facts. With regard to the superior position of men over women, the Quran states that men provide financial or economical support to the women. According to this argument, there seems to be no superiority of men over women based on natural facts, as this entirely economical factor

53 Reuters, “Sherry Rehman appointed Pakistan's ambassador to US”, *DAWN*, <https://www.dawn.com/news/675333/sherry-rehman-appointed-pakistans-ambassador-to-us>, last visited 20.4.2020.

54 Shamimur Rahman, “Women's bill sets tough penalties”, *DAWN*, <https://web.archive.org/web/20100131230825/http://www.dawn.com/wps/wcm/connect/dawn-content-library/dawn/news/pakistan/04-zardari-signs-women-prot-bill-qs-08>, last visited 20.4.2020.

55 Staff Report, “President signs two women's rights bills into law”, *Pakistan Today*, <https://www.pakistantoday.com.pk/2011/12/23/president-signs-two-women%E2%80%99s-rights-bills-into-law/>, last visited 20.4.2020.

is not an inherent thing. However, the Quran still awards slight superiority to men over women in both domestic as well as political domains. As for the domestic sphere, final power or authority shall be vested in one sex or the other, probably men as per the Quranic interpretation. Likewise, in the political domain, the final say shall also rest with the men, based on their comparative freedom from several natural boundaries which consume substantial female time and energy, enabling the men to devote greater attention towards political issues and matters.⁵⁶ Similarly, after going through the interpretation (tafseer) of Quran by Mr. Siddique, a woman can rightly assume that the assurance provided in the Holy Quran of equality between both the sexes is not accurate. According to his tafseer, it is stated that although both sexes are equal, there are certain domestic, economic and political aspects where men lead women with a slight degree of superiority with regards to their sexual, biological, physical and mental acumen. The traditionalists also view equality and freedom as erroneous concepts, and postulate that Islam instead gives both the sexes their due in accordance with their position and nature. Women are primarily responsible for taking care of the family and once that is accomplished, they can participate in professional or communal activities. Whereas modernists and secularists believe that Islam contains the basic concepts of human rights and individual freedom. They consider both family and community significant in Islam, and therefore, expect both sexes to carry out their responsibilities equally in all professions, public life and political offices. It is substantiated by the practice of people during the times of Prophet Muhammad, when women even fought in his army, were appointed by him to be judges, and even led men in prayer. Therefore, any sort of discrimination is illegal in their view and they propose equal rights and opportunities as desirable.⁵⁷

Since its inception, Islam was (and presently is) entirely male dominated, providing in-depth legislation favoring men over women in matters of dealing with marriage, divorce, property rights, inheritance etc. This legislation forms the core of family laws included in the Sharia law, which are considered to be one of the sensitive issues across Islamic countries in the modern era. As every society is posed with the issue of either lesser or greater adaptations, all Muslim countries have the same issue to deal with. Some of them propose the substitution of the old Sharia laws with a new, modern law code, while others seek interpretations of state law in such a way so as to conform to the Sharia law, making Qiyas an essential

56 M. Mazheruddin Siddiqui, *Women in Islam*, The Institute of Islamic Culture, Pakistan 1952, 23–24.

57 Cheryl Benard, *Mapping the Issues: An Introduction To The Range Of Thought In Contemporary Islam*, 1st ed., RAND Corporation, Santa Monica 2003, 8–13.

source of legal discretion.⁵⁸ According to detailed teachings of Islam, it is clear, however, that Islam gives men superiority over women in matters of personal nature. Let's discuss these teachings in depth under the following sub-headings, reviewing the rights of women in matters related to marriage, divorce, property, inheritance etc.

2.2.1. Marriage

It is true that Islam provides women with rights relating to marital issues, yet certain cultural practices incur a heavy impact upon the offer and acceptance procedure past the Islamic prerequisites, and in several instances incur results in sheer derogation to the Islamic practices.⁵⁹ Historians claim that the status of women before the advent of Islam was the same as that of animals, no less. That being said, these historians allege that the women in the pre-Islamic era enjoyed no legal protection, and had no rights. Men were allowed to marry as many women as they wanted (a practice known as polygamy), could divorce women with ease and buried female infanticide. But with the advent of Islam, the Holy Prophet brought an Islamic reform that aimed to bring potential changes to these immoral activities of the Arab pagans and their customs.

The Prophet brought reforms in the laws and customs relating to the family matters such as marriage, divorce, property, inheritance etc. According to his teachings of Islamic reforms, marriage is comprised of three main aspects to consider: legal aspect, social aspect, and religious aspect. Based on the legal aspect of marriage, it is considered as a contract in three senses: it requires an offer and acceptance of both parties; contains provisions for the breach; and allows for a revision or modification of these provisions acceptable to both parties. Although it is just considered as a contract in Islam, the general assumption makes it into a sacred covenant.⁶⁰ In any case, in Islam, a wife possesses the rights as an heir and widow entitled to dower after the demise of her husband. She also has the right to retain the property of her deceased husband, only at such time when she becomes capable of collecting her dower / mehr. But as the majority of Islamic scholars favor the concept of mehr being non-inheritable (because it is not a lien), a wife's rights to the property of her husband remain questionable and controversial.

58 Charris Waddy, *Women in Muslim history*, Longman ELT, London 1980, 30–31.

59 Imani Jaafar Mohammad, Charlie Lehmann, "Women's Rights in Islam Regarding Marriage and Divorce", *Journal of Law and Practice* 4/2011, 1–2.

60 R. A. Nicholson, *A literary history of the Arabs*, Cambridge University Press, Cambridge 1969, 38.

Apart from this, the Islamic tradition also allows men to marry women to the count of four at the most, with the only condition of loving, caring, and supporting all the women equally. But this provision is not extended to the woman in Islam, as she can marry only one man. In case she marries a second man, she is believed to have committed bigamy and her children from the second marriage are deemed illegitimate, and can never acquire legality by any way afterwards. Although Islamic teachings speak of equality between the sexes, double standards are a common occurrence in the Islamic legal system. For instance, Muslim men are allowed to marry a woman of other faith like a Christian or Jewish woman, but the same is not applicable for women, as they cannot marry men outside of the Muslim faith. If a Muslim woman did dare to do so, she was declared an outcast and her marriage was deemed as invalid or void. This particular provision raised considerable controversy in the subcontinent during the times of British rule.

Moreover, there are some other kinds of marriage in Islam that form the basis of cruel practices, discriminating against women and favoring men alone. One such kind is *nikahhalala* (commonly referred to as *tahleel marriage*)⁶¹ and the other is contract marriage (also known as *Mut'ah marriage*). The former kind of marriage takes place when a woman who has earlier been divorced from her husband wants to remarry him. For that purpose, she has to first marry some other Muslim man, get that marriage consummated and seek divorce from him, in order to remarry her former husband.⁶² Although this kind of marriage has been declared *haram* (forbidden) by the hadith of the Prophet,⁶³ it was still in practice during the earlier periods of Islam and a small Muslim minority practices it today as well.⁶⁴

The latter kind of marriage takes place when a man wishes to marry a woman based on a contract, with mutual consent, for a specified time period and for such marriage the amount of *mehr* is specified and agreed upon in advance.⁶⁵ When the time stipulated in the contract lapses, the

61 Shaheen Sardar Ali, Anne Griffiths, *From Transnational Relations to Transnational Laws: Northern European Laws at the Crossroads*, Routledge, 2016, Chapter 5.

62 Vatsala Singh, "What does Quran say about Nikah Halala? Will banning it help?", *Bloomberg LP/The Quint*, <https://www.thequint.com/voices/women/so-what-does-the-quran-say-about-nikah-halala-triple-talaq-polygamy>, last visited 23.4.2020.

63 Yusuf Al-Hajj Ahmad, *The Book of Nikah: Encyclopedia of Islamic Law*, Darussalam Publishers, Volume II, 2014, 23–25.

64 Athar Ahmad, "The women who sleep with a stranger to save their marriage", *BBC News*, <https://www.bbc.com/news/uk-39480846>, last visited 20.04.2020.

65 John L. Esposito, *The Oxford Dictionary of Islam*, Oxford University Press, Oxford 2003, 221.

marriage stands void and such a woman gets divorced. This practice is still considered valid by a small Muslim minority sect – the Shiite Sect. According to them, mut'ah marriage comprises certain preconditions: the woman shall not be married; she should be a chaste and pious Muslim, or belong to People of the Book (Ahl Al-Kitab); she must seek her guardian's approval in case she has never been married before; and if she has no guardian, then she must be a non-virgin, according to Islam, to do so independently. When the contract expires, the marriage dissolves and the woman has to undergo a period of abstinence (four months, ten days, also known as *iddah*) from further marriage or sexual intercourse. The purpose of *iddah* is to provide sufficient time to ascertain the paternity of the child if the woman gets pregnant during the period of contract marriage.⁶⁶

The Shiites support for the contract marriages is based on the teachings of the Holy Quran, hadith of the Prophet, history, cultural and moral grounds.⁶⁷ According to them, the verses of Holy Quran take superiority over any other sources of Islamic laws, thus justifying their practice of mut'ah marriages through the Holy Quran in *Surah An-Nisa*, verse 24 (also known as the *verse of Mut'ah*).

“And also prohibited to you are all married women except those your right hands possess. This is the decree of Allah upon you. And lawful to you are all others beyond these, provided that you seek them in marriage with gifts from your property, desiring chastity, not unlawful sexual intercourse. So for whatever you enjoy of marriage from them, give them their due compensation as an obligation. And there is no blame upon you for what you mutually agree to beyond the obligation. Indeed, Allah is ever Knowing and Wise.”

2.2.2. Divorce

As Islam considers marriage a contract between two parties, therefore, it attaches high repute and respect to it. Although divorce carries no immoral connotation, it is strongly discouraged in Islam, as it demolishes the existing family set-up. The abhorrence towards the practice of divorce is clear from the numerous sayings of the Holy Prophet himself, for instance ‘*the most repugnant thing made lawful in the sight of God is divorce*’, or ‘*marry but do not divorce, because God does not like men and women who relish variety in sexual pleasure*’. In spite of this dislike, divorce does take place and it can be carried out in three ways: by the death of either of the spouses; by the act of parties; and through judicial procedure. Firstly, when either of them, i.e. the husband or wife dies, the marriage stands

66 R. A. Nicholson, 8.

67 Achim Rohde, *State-Society Relations in Ba'thist Iraq: Facing Dictatorship*, Routledge, 2014, 171.

dissolved lawfully. But the consequences of remarrying after the death of a spouse vary for men and women. In case a wife dies, the husband is at free will to remarry immediately, but conversely speaking, a wife cannot do so, as she has to observe the 'iddah' before remarrying another man. In case the wife was found pregnant at the time of her husband's death, she must wait till the delivery of the child before remarrying.

Secondly, divorce can also take place by the act of the parties. That means the husband can divorce his wife by pronouncing the word 'talaq' thrice and the marriage stands dissolved. The word talaq indicates the supreme authority of a husband that he possesses over his wife to annul their marriage at any time he so desires, without seeking his wife's approval, or presence at the time of pronouncing talaq. The divorce is immediately in effect once the word 'talaq' is used in the right connotation with absolute clarity and unambiguity.⁶⁸

However, this concept of triple talaq which means that the divorce is valid as soon as the husband pronounces the word 'talaq' thrice, does not find its parallel in the teachings of the Holy Quran, as interpreted by the Sunni School of thought. In this regard, the practice and ideology of the Muslim minority Shiite Sect is deemed to be in accordance with the true interpretation of the verses of the Holy Quran from both Surah Talaq and Surah Al-Baqra. Therefore, in order to comprehend the teachings of Islam regarding divorce, it would be very useful to comprehend their meaning in depth by looking at some of the verses of the Quran below:

- Divorce may be pronounced twice; then the wife may either be kept back in fairness or allowed to separate in fairness.⁶⁹
- And the divorced women (after the pronouncement of the divorce) must wait for three monthly courses...and their husbands are fully entitled to take them back (as their wives) during this waiting period, if they desire reconciliation.⁷⁰
- Then, if the husband divorces his wife (for the third time), she shall not remain lawful for him after this divorce, unless she marries another husband...⁷¹
- When you marry the believing women, and then divorce them before you have touched them, they do not have to fulfill a waiting period, the completion of which you may demand of them.⁷²

68 Sir Wilson Roland Knyvet, *Anglo-Muhammadan Law*, Law Publishing Company, 1930, 61.

69 The Holy Quran, *Surah Al-Baqarah*, Verse 229.

70 The Holy Quran, *Surah Al-Baqarah*, Verse 228.

71 The Holy Quran, *Surah Al-Baqarah*, Verse 230.

72 The Holy Quran, *Surah Al-Ahzab*, Verse 49.

- And if those of you who die, leave wives behind, the women should abstain (from marriage) for four months and ten days.⁷³

The laws relating to divorce mentioned in the above verses prescribe the following rules:

- i. A man (husband) can utter the word ‘talaq’ thrice upon his wife.
- ii. If a husband utters talaq for once or twice, he still bears the right to keep his wife within the prescribed waiting period, and if after the expiry of this waiting period both of them want to remarry, they can do so and there lies no condition of Nikah-halalah (Tahleel marriage) for that. But in case the husband utters talaq thrice upon her wife, he loses any legal right on his wife and has to undergo nikahhalalah to remarry her.
- iii. The concept of the waiting period exists for a woman who undergoes menstruation and with whom the marriage has been consummated. Therefore, when her husband dies, she is required to pass three monthly menstruation cycles.
- iv. There exists no waiting period for a woman who has never consummated her marriage or who became a divorcee even before getting touched, therefore, she can remarry whenever she wants.
- v. The waiting period of a widow woman is said to be four months and ten days.⁷⁴

Thirdly, a divorce can also take place through a judicial process whereby a wife seeks the court’s help to dissolve her marriage either by talaq-itaftwad (delegated divorce) or through a court decree. Talaq-itaftwad or delegated divorce is a judicial process where the wife is given the right or power to divorce by her husband, either as a condition at the time of marriage or sometime after the marriage through mutual consent. The provision is based on certain prerequisites if a wife needs to call out for this kind of divorce. There are two primary prerequisites for the exercise: 1) the delegated right to divorce must be based on some reasonable grounds; and 2) it must not be unconditional or absolute. In contrast to the husband, the wife is under mandatory obligation to present evidence in her appeal for divorce and her appeal must be adjudged based on the parameters of reasonable grounds and public policy. Thus, this haphazard opportunity of delegated divorce provides women with just a nominal way of acquiring freedom from her unsatisfactory marital life. This deliberate

73 The Holy Quran, *Surah Al-Baqarah*, Verse 234.

74 Abul A’ala Maududi, *Syed Abu-Ala’ Maududi’s: Introductions to the Qur’an*, Amazon 2012, Chapter 65.

display of inequality laying the onus of proof on women showing evidence of a breach, and proving such breach liable for her claim of separation or divorce is known as the 'the most potent weapon in the hands of a Muslim husband'.⁷⁵

Another way for a woman to seek divorce is through a court decree, which often requires her to waive the entire or part of her mehr (dower). In other cases, she may also be compelled to seek her freedom by giving bribe in the form of money to her husband to free her from the marital bond. In addition, if a court finds out that the woman asking for a divorce reserves no valid grounds and her claim is merely based upon being the victim of marital rape; the court may demand her to give more than just her dower.⁷⁶ In deciding the validity or reasonableness of grounds for divorce, the court is guided by the teachings of Islam which recognize the following list of grounds as reasonable for seeking divorce: husband's refusal to provide economic sustenance; change of religion; impotence; infectious diseases etc.

Besides, divorce may also take place by mutual consent of both parties, that is if the husband and wife mutually agree that their marriage is no more workable and should be dissolved, then each of them have to return their consideration, given at the time of contracting marriage. Once the parties return those considerations, the marriage stands dissolved. Moreover, Islam also provides another method of divorce i.e. through the process of annulment or abrogation (referred to as faskh) of a marriage. For that purpose, both the parties have to appear before an arbitrator / judge to get their marriage annulled. The reason behind this kind of separation or divorce lies in the Holy Qur'an, Surah Nisa, verse thirty-five which states:

'And if you fear dissension between the two, send an arbitrator from his people and an arbitrator from her people. If they both desire reconciliation, Allah will cause it between them. Indeed, Allah is ever Knowing and Acquainted with all things.'

According to this verse, if the parties wish to separate, they may call upon an arbitrator who shall hear the claims of both the parties and decide accordingly. But if, however, the husband withdraws from his previous claim while the trial is ongoing, the wife shall not be entitled to freedom and dissolution of marriage.

75 Asaf A. A. FYZEE, *Outlines of Muhammadan Law*, Oxford Publishers, Oxford 1964, 151-152.

76 C. Waddy, 77-79.

2.2.3. Custodial Rights

According to the teachings of Islam, a mother enjoys high status in the society and this has been proved by the oft-repeated hadith of the Prophet (PBUH) himself stating '*paradise lies at the feet of mothers*'.⁷⁷ A mother experiences an intimate, close and most informal relationship with her children. She is responsible for providing her children with all kinds of supports in their lives, including emotional, social or even financial. But all the praises for a mother become non-existent from the moment her marriage falls apart, either due to divorce or due to natural causes (death of her husband). In any of the cases, the rights of a mother for her children's custody become exceptionally limited.

For instance, in case a woman is divorced at a time when her son and daughter are of two and seven years of age, respectively, then her right to custody over her children no longer remains with her, according to Islamic law. The custody of the children will automatically be given to her husband and she would not be allowed to visit them again. As Islamic law is patriarchal by nature, it does not consider the mother a natural guardian of the children. The father – or his executor, in the case of his death – becomes the legal guardian of the children. The mother only enjoys a limited custody of her children that is up to the age of two years for the son and seven years for the daughter. These limited and biased women's custodial rights once again point to the inequality existing between the sexes in Islam. However, this practice relating to the custodial rights over children find no support from the verses of the Holy Quran. Therefore, it is assumed that these practices have evolved as a result of the Sunnah of the Prophet, Muslim culture, fatwas of the ulama or religious scholars.

Although the Islamic teachings claim equality for men and women, *actions speak louder than words* in the matters of marriage, divorce and child custody. In all these matters, men are given greater rights and power as compared to women. Islam recognizes marriage as a civil contract to which both the contracting parties agree of their own free will and therefore, are at freedom to dissolve such a contract any time they so desire, without feeling the guilt of committing some moral wrong. Even after that, a wife's free will in all these matters is gravely influenced by two important factors. Firstly, in case a woman is divorced, the husband keeps the right of custody over their children. Here one may ask how much freedom a woman really enjoys in seeking divorce from her husband, knowing the fact that she would no longer have the right of custody over her children, or even permission to visit them ever again. She is only allowed

77 Sunan An-Nasai, *Hadith 20*, The Book of Jihad, Chapter 6.

to leave with her clothes and some personal belongings. Apart from the fact that the wife has her mehr (dower) expressly provided when contracting marriage, she is habitually compelled to waive her right to that mehr in exchange for her husband's approval to seek divorce.

Secondly, in case of divorce, a woman is faced with the struggle for economic survival as well as taking care of her children. That is, after divorce a woman loses both a companion and the source of income or livelihood. Because she has not worked before (which is more often than not the case in Muslim societies), she lacks the necessary skills to obtain employment opportunities. Thus, in order to sustain herself and the children under her custody till they reach of age, she has only two options to survive i.e. to become a beggar or a prostitute. Since these two options are not acceptable for most women, they opt for remarriage. But as soon as she chooses to remarry, she loses the custodial rights over her children then and there, that is, even sooner than in the time allowed by Islamic law. In these circumstances, one can again question the degree of freedom provided to a woman in comparison to a man, who has no consequences to deal with after getting divorced and is at free will to remarry again, knowing that the children would come into his permanent custody given the due time under Islamic law.⁷⁸ Moreover, a divorced woman is seen with abhorrence in the society and it seems like an uphill battle for a divorced woman to remarry, unlike a divorced man. Here again, even though Islam allows women to remarry, the society or culture do not make this path easy for women, and prioritize their own interpretations of Islamic teachings instead.

2.2.4. *Employment Rights*

The Sharia law provides women with the right to work but it is subject to a number of factors and strict circumstances. Most Muslim countries, however, do not provide women an equal share in job prospects as opposed to men, due to the fact that women are by and large prohibited from participating in public life the way that men do. The Quran considers a working woman as a source of enticement for any man working alone and in close proximity to that woman. Moreover, the Quran stresses the fact that a woman must guard her honor by being modest while pursuing a job befitting this requirement. Thus, it is suggested that women should stay within the bounds of their homes and take care of the home chores. Keeping in view the teachings of the Holy Quran, most Muslim women do not pursue any kind of job, believing it is an immoral act. Con-

78 Nayer Honarvar, "Behind the Veil: Women's Rights in Islamic Societies", *Journal of Law and Religion* 6/1988, 355–387.

sequently, when these women opt to stay in, they lose the opportunity to acquire any sort of property for themselves and remain completely dependent on the male members of their family, be it their father, brother, husband or son, etc.⁷⁹

2.2.5. *Property Rights and Inheritance*

Since its inception, Islam has treated both men and women as distinct entities. Even after marriage, both sexes do not enjoy equal share of each other's material possessions. That is, each of them maintains absolute control over his/her personal or real property. This notion of property ownership in the common law of England during the 19th century was quite different to that of the Islamic ideology. The English law considered both the husband and wife as a single entity or unit led by the husband, who possessed absolute control over his wife's properties and was in a position to deprive her of her property rights as the law did not consider her as an autonomous legal entity.⁸⁰

As stated previously, the matrilineal system of kinship held a woman as the head of her family and awarded her many rights, including the right to own property. In contrast, the patrilineal system of kinship considered women as nothing more than animals principally used for breeding and labor on the farm. The Prophet Mohammed chose the patrilineal system as the basis for his new religion upon which he implemented his Islamic reform. However, he did maintain the woman's right to buy and sell property and to establish a business without any male relative's consent, direction, or involvement. For instance, the Holy Prophet's own first wife Khadijeh was a rich and respected woman among the Quraish tribe, who owned and operated her own import and export business. In the course of her business, she had to maintain contact with men and employed a large number of men in her business, including the Prophet himself.⁸¹

The right of women to own property is also recognized by the Holy Quran. This recognition is expounded by the Quran itself which mentions some women holding esteemed positions in the times of the Holy Prophet, allowing them, afterwards, to acquire property. Generally, the Islamic law is clear about the rights of women in relation to holding, using

79 Shampa Mazumdar, Sanjoy Mazumdar, "Rethinking Public and Private Space: Religion and Women in Muslim Society", *Journal of Architectural and Planning Research* 18/2001, 302–324.

80 Ronald J. Daniels, "The Legacy of Empire: The Common Law Inheritance and Commitments to Legality in Former British Colonies", *The American Journal of Comparative Law* 59/2011, 111–178.

81 S. Mazumdar, S. Mazumdar, 302–324.

and disposing of property, but these laws become intricate when explained through the tafsir of scholars from various schools of thoughts in Islam. In addition, Islamic law also recognizes the fact that a woman must be given her earnings, which can be transferred to her husband if she desires it of her own free will. Considering the fact that Islam requires women to be modest and restrict their public appearances, the right to property ownership seems contested as such a right can only be acquired when women are released from the bonds of restrictions and allowed to manage their property themselves, without the need of any male relative.

Since Islam follows a patriarchal lineage, the man is considered the head of a family and thus possesses the right to property ownership. Inheritance is one form of property ownership and Islam gives immense favors to men with regard to inheritance.⁸² The law of inheritance is quite extensive and provides indepth details in Islam. Religious scholars frequently refer to the saying of the Prophet with regards to the significance of inheritance laws, *'Learn the laws of inheritance, and teach them to the people; for they are one half of useful knowledge'*.⁸³

The law of inheritance in Islam consists of two distinct elements: the pre-Islamic customs of Arabia, and the Islamic reforms introduced by the Prophet. In broader sense, the law of inheritance requires three things: certain individuals are given a specific share, according to the guidelines in the Quran; the residue is given to the agnatic heirs; and bequests are limited to one-third of the estate. A comparative review of the pre-Islamic and Islamic principles of the inheritance laws shows that the Quran corrected the inequalities and economic injustices which existed in pre-Islamic Arabia concerning the distribution of wealth. A summary of the two principles is as follows:⁸⁴

- i. Pre-Islamic Law of Inheritance based on the customs of Arabia:
 - a. The nearest male agnate or agnates succeeded;
 - b. Females and cognates were excluded;
 - c. Descendants were preferred to ascendants, and ascendants to collaterals; and
 - d. Where the agnates were equally distant, the estate was divided per capita.
- ii. The Islamic Law of Inheritance:
 - a. The spouse was made an heir;

82 Ownership of Property in Islamic Law, 2018. <https://www.ukessays.com/essays/anthropology/property-ownership.php>, last visited 20.4.2020.

83 A. Maududi, 823.

84 *Ibid.*, 602 etc.

- b. Females and cognates gained the right to inherit;
- c. Parents and ascendants were given the right to inherit even when there were male descendants;
- d. As a rule, a female was given one half the share of a male; and
- e. Rule of exclusion: in Islam every individual, including an unborn child (provided it is born alive), is given the right to inherit. However, there are certain categories of individuals who are barred or excluded from the list of inheritance. This exclusionary rule is applied in circumstances involving differences in religion, homicide, slavery, and legitimacy.⁸⁵ An individual may be excluded in one of two ways: imperfect and perfect. An imperfect exclusion is basically a change of position or status in the line of succession, e.g., a female by herself is a Quranic heir, but if she has a brother then she is excluded as the Quranic heir and admitted as an agnatic heir. The perfect exclusion is based on some legal cause and excludes people who, under normal circumstances, are eligible to inherit. Some of the more important situations under which the perfect exclusionary rule is applied include: a non-Muslim cannot inherit from a Muslim; a person who causes the death of another, whether it be intentionally or unintentionally, cannot inherit from the estate of the deceased; a slave cannot inherit from a free man (this is an ancient law, no longer existent in modern day Muslim societies); an illegitimate child can only inherit from the mother's estate and not the father's. This is one exception where the natural relationship determines the right to inherit. Islam does not recognize illegitimacy altered into legitimacy through the process of legislation. In some Muslim societies, the old customs still exist, and females face exclusion and their share of inheritance is calculated into that of the male heirs and it's an example of imperfect exclusion.⁸⁶

Although women possess the right to inherit a certain amount of share in the property of their deceased family member, their share is mostly half of the share of men in the family. For instance, a daughter bears the right to inherit from her deceased father's property, but the share is half of what the son inherits. To put it in another way, the inheritance is divided in such a way that two shares of it go the son and one to the

85 Papa Murphy, *Inheritance Laws in an Islamic Society: Islamic Cultures Are Distinct in Everyway*, iUniverse, US 2012, 177.

86 Alexander David Russel, *Muslim Law: An Historical Introduction to the Law of Inheritance*, Routledge, 2013, 227.

daughter. The reason behind this unfair provision for inheritance is based on the presumption that women (daughters in this case) have no duty to look after and manage a family in the same way as men do (sons in this case). In addition, some women suffer from a complete denial of their right to inheritance in several conservative Muslim countries which keep in view these unfair Sharia law provisions and customary practices. The reasoning behind this is that women offer no help in looking after the family; therefore, they should not be given any share in the inheritance property. Northern Nigeria, where Islam is practiced, is a living example of the stated fact, with most of the law courts prohibiting women from acquiring any right to inherit property. In most cases, the process of inheritance is carried out in theory only and not in practice. That means the women are merely informed that they possess the right to inherit a certain part of the property, which in the majority of cases is not given to them at all. The right to property ownership has always been considered a man's business, as women are deemed weak and entirely dependent on men, needing them to manage the property and issues relating to such.

In 1995, Annelies Moors⁸⁷ explained that the women under Islamic law possess inheritance rights which are usually more restricted than the rights of men. The preference is generally given to men, which is quite clearly seen in the laws of inheritance in Islam. To prove this, she refers to the share of widows and daughters, who inherit a much smaller share than any male member of the family. In case a woman's husband dies, it becomes very difficult for her to inherit exclusive rights to her husband's property. This is done to keep such a widow from getting remarried, and taking the entire property out of the hands of the deceased husband's family. It is deemed better to keep her under the protection of the male members of the deceased husband's family, so that the property stays within his family (basically the men). Islam entitles the wife to one-eighth of the property of her husband, in case she had children with her deceased husband and to one-fourth, in case she is childless when her husband dies, while daughters are entitled to half the share in comparison to their brothers' share. Moreover, in case a father has only one daughter as his child, she would inherit only half of his property and the rest would be given to his male relatives in the family. However, this is not true in case of an only son, as he gets the entire property of his deceased father, which reflects the biased teaching of Islam against women. The logic behind the difference in the shares of a widow is that the property she inherits with children would go to her children, particularly the boys, and even that share is usually smaller than it should be and often withheld due to the fear that she

87 Annelies Moors, *Women Property and Islam: Palestinian Experience 1920–1990*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, 286.

might get remarried. In the case of a childless widow, she is generally given nothing in the property ownership.

2.2.6. Testimony of Women

In Islam, the status of women's testimony is highly disputed, ranging from a complete rejection in particular legal areas, to a conditional acceptance in a discriminating manner (half the worth, etc.), to a complete acceptance without any bias towards gender. The Islamic law defines testimony (*shahada*) as an attestation with regard to a right of a second party against a third party. It co-exists with other forms of evidence such as the oath, acknowledgement and circumstantial evidence, in order to prove a case. A testimony should rest upon certain knowledge of the event in question, and it cannot be based on mere speculation.⁸⁸

The testimony of women varies in accordance with issues and circumstances of the case in question. In case of a witness for financial matters/documents, the Quran requires two men or one man and two women. The second chapter of the Holy Quran, Surah Al-Baqarah, Verse 282 provides the basis for the above-mentioned rule that two women are the equivalent of one man in providing a testimony in financial situations as a witness.⁸⁹

'O you who believe! When you contract a debt for a fixed period, write it down. Let a scribe write it down in justice between you. Let not the scribe refuse to write as Allah has taught him, so let him write. Let him (the debtor) who incurs the liability dictate, and he must fear Allah, his Lord, and diminish not anything of what he owes. But if the debtor is of poor understanding, or weak, or is unable himself to dictate, then let his guardian dictate in justice. And get two witnesses out of your own men. And if there are not two men (available), then a man and two women, such as you agree for witnesses, so that if one of them (two women) errs, the other can remind her.'

This saying of the Quran has also been interpreted by several Muslim scholars in order to imply testimony of two women being equal to a single man's. The tafsir of Ibn Kathir states that Allah requires that two women take the place of one man as witness, because of the woman's shortcomings, as the Prophet described.⁹⁰ Ibn al-Qayyim also comments on the aforementioned verse as follows:

88 Wael B. Hallaq, *Shari'a: Theory, Practice, Transformations*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, 347.

89 Mohammad Fadel, "Two Women, One Man: Knowledge, Power and Gender in Medieval Sunni Legal Thought", *International Journal of Middle East Studies* 29/1997, 185–204.

90 Ibn Kathir, *Tafsir Ibn Kathir*, Surah Al Baqarah, Part II.

“There is no doubt that the reason for a plurality of women in the Quranic verse is only in recording testimony. However, when a woman is intelligent and remembers and is trustworthy in her religion, then the purpose of testimony is attained through her statement just as it is in her transmissions in religious contexts.”⁹¹

In addition to the restriction declared in financial matters, a large number of classical Muslim scholars are prejudiced against women testimonies in matters of criminal cases too. A twelfth century Maliki jurist – Averroes – stated that jurists of his time disputed the status of women in matters of hudud and criminal punishments for serious crimes. He further stated that some of the jurists were of the opinion that the testimony of a woman was entirely unacceptable in these matters. However, he stated that a school of thought referred to as Zahiris believed in the testimony of two or more women testifying together with a male witness, and considered it acceptable even in cases regarding financial transactions described above.⁹² One of the most influential Islamic scholars, Ghamidi, rejected further extending the implementation of the Quranic verse (mentioned above) to incidental events, claiming that the specific verse was limited to the particular topic of financial or contractual witnesses. In contrast, however, there are some hadiths that confirm the acceptance of only one female testimony in the instances of one murder and the assassination of the third Caliph of the Islamic state – Hazrat Usman. Respectively, the acceptance of these testimonies led to the death penalty for the murderer and an initiation of a campaign against the state.

Apart from financial matters, Muslim scholars also differ on the status of women’s testimony in other issues and on whether the interpretation of verse 282 for financial transactions should be applied to other cases as well or not. This is particularly true in the matters relating to bodily affairs such as divorce, marriage, freedom of slave, and restitution of conjugal rights. According to Averroes, the Imam of the Hanafi school of thought believed in the acceptance of women testimony in such matters. In contrast, the Imam of the Maliki school of thought believed in the non-acceptance of women’s testimony in such matters. For certain cases, however, Muslim scholars agree on the acceptance of women’s testimony alone, where the men have no prior knowledge of circumstances involving the physical handicaps of women or the crying of a baby at birth etc. Ibn Qudamah, in his famous compendium on Islamic jurisprudence *al-Mughnī*,

91 Nazir Khan, Tesneem Alkiek, Safiah Chowdhury, “Women in Islamic Law: Examining Five Prevalent Myths”, <https://yaqeeninstitute.org/nazir-khan/women-in-islamic-law-examining-five-prevalent-myths>, last visited 20.4.2020.

92 Ibn Rushd, *Bidayatu’l-Mujtahid* (1st ed.), Daru’l-Ma’rifah, Beirut 1997, 311.

stated that in matters of nursing, childbirth, menstruation, chastity, and physical defects, a male witness alone is not accepted, while a single female witness is.⁹³ In these situations, the testimony of a woman becomes equal to that of a man, and her testimony can also invalidate a man's testimony where he accuses his wife of unchastity.

2.3. Rights of Women under Anglo-Saxon (Common) law

Despite the stringent and unfavorable Sharia laws, women have been provided with necessary legal safeguards to protect themselves under the common law in practice in Pakistan. This common law has been a legacy of the British since their rule in the undivided subcontinent. As Pakistan bears a combination of Sharia laws with the Anglo-Saxon laws, women in Pakistan enjoy rights under both of these systems of law. Although several religious scholars and extremist view such a bifurcation as going against the true rule of Islam in the country, the Constitution of Pakistan provides essential fundamental rights to both sexes, without any sort of discrimination. Therefore, over the times, women have been provided with rights other than Islamic rights, by way of a common legal system in the form of legal rights/safeguards provided in the Constitution and Legal instruments of the country. A legal right has been defined in Black's Law Dictionary as: "A right created or recognized by law". Following are the different categories of legal rights for women in Pakistan:

- i. Rights provided to women under Constitutional law.
- ii. Rights provided to women under Criminal Law.
- iii. Rights provided to women under Civil Law.
- iv. Rights provided to women under Family Law.

2.3.1. Rights provided to women under constitutional law

The Constitution of the Islamic Republic of Pakistan guarantees fundamental rights to every citizen without discrimination on the basis of gender. Foundation of the Constitution of Pakistan (1973) is embedded in Islam, a religion that has recognized all human rights, women's rights included, 1400 years ago. According to Article 25 of the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan, 1973 (hereinafter referred to as "The Constitution") all citizens are equal in the eyes of law and there must not be any discrimination on the basis of sex. In the urban areas of Pakistan, women are participating in every field of life, working for the social and economic development of the society. At the same time, the position of women in

93 *Ibid.*, 311.

rural areas is deplorable, amidst heinous anti-woman practices like forced marriages, rape, vigilante justice, acid attacks, mutilations, honor killings, sawara, karokare and vani, etc.⁹⁴ The Constitution has guaranteed twenty one fundamental rights, which are as follows:

- a. *Rights of life and liberty*
- b. *Rights to Equality* (irrespective of gender, race, religion, caste, residence)
- c. *Rights to Freedom*: Freedom of movement (Art. 15); Freedom of assembly (Art. 16); Freedom of association (Art. 17); Freedom of trade, profession, etc. (Art. 18); Freedom of speech (Art. 19); Freedom of religion (Art. 20) ("freedom of religion applies to minorities as well as various sects of religion"), Protection against taxation on basis of religion (Art. 21); and Protection of religious and educational institutions (Art. 22).
- d. *Right to Education*: (Art. 25-A).
- e. *Rights to Property*: Freedom to acquire property (Art. 23); and Protection of property rights (Art. 24)
- f. *Rights to Culture*: Preservation of language, script, and culture, etc. (Art. 28)
- g. *Social Rights*: Freedom from slavery (Art. 11); and Freedom from forced Labor (Art. 11)
- h. *Right to Constitutional Remedies to Protect Fundamental Rights*: Under Article 199 of the Constitution, every citizen of Pakistan can invoke the writ jurisdiction of the high court and seek remedy against infringement of fundamental rights guaranteed thereunder.

2.3.2. *Rights provided to women under criminal law*

Women have been provided rights in criminal matters by way of various Statutes, namely:

- a. *Pakistan Penal Code (PPC), 1860*: Sections 310, 310(A), 332, 336(A)(B), 354, 354(A), 365(B), 366(A)(B), 367, 371(A)(B), 375, 376, 493, 496(A)(B)(C), a new chapter about '*Offences against Women*' Sections 498(A)(B)(C), 509, and a Bill on *Domestic Violence*, according to which a victim can file a case before the Court of law which would be decided as early as possible.
- b. *Criminal Procedure Code (Cr.P.C), 1898*: Sections 52, 497, 167, 203(A)(B)(C).

94 Dr. Abdul Razak Shaikh, "Women's status in Pakistan", *DAILY TIMES*, <https://daily-times.com.pk/362564/womens-status-in-pakistan/>, last visited 20.4.2020.

- c. *Offences of Qazf (Enforcement of Hadd) Ordinance, 1979*: Sections 7, 14.
- d. *Rights of Women Prisoners*: Women prisoners enjoy same rights as are provided to men prisoners. According to Cr.PC and the Jail Manual, women have every sort of protection in jail. In the same way, they can pursue their cases, file appeals before the competent Court of law and they also have the right of remission during their imprisonment on different occasions.

2.3.3. *Rights provided to women under civil law*

Women have also been provided with civil rights through several Statutes, for instance:

- a. *Code of Civil Procedure, 1908*: Section 56 provides that a woman cannot be sent behind bars in execution of decree and in financial matters.
- b. *Factories Act, 1934*.
- c. *Married Women Property Act, 1874*: This enactment protects the rights of a married woman with respect to her property (moveable or immovable), earnings and wages.
- d. *Mines Maternity Benefit Act, 1941*.
- e. *The Maternity Benefit Ordinance, 1958*.

2.3.4. *Rights provided to women under family law*

Women also possess rights under various family law Statutes or Acts, e.g.:

- a. *The Dissolution of Muslim Marriage Act, 1939*: Section 2.
- b. *Muslim Family Laws Ordinance, 1961*: Sections 5, 6, 7, 8, 9 and 10.
- c. *The West Pakistan Family Courts Act, 1964*: Section 5, schedule 1, part 1, which provides rights to women in the following matters under the jurisdiction of family Courts: dissolution of marriage (including *Khula*), dower, maintenance, custody of children (visitation rights of parents in case of separation of parents), guardianship, recovery of dowry articles, and personal property and belongings of a wife.
- d. *The Guardians and Wards Act, 1890*: In case of separation between the spouses, the mother has the legal right to keep the custody of her son till the age of 7, while her daughter shall remain in her custody till marriage. However, in this rule the paramount

consideration is the minor's welfare. In any case, though, all the day to day expenditures of the minor whatsoever, such as feeding, clothing, lodging, education and health, shall be borne by the father. If the father fails to fulfill this liability, the minor may seek help from the Court and the Court may fix a quantum of maintenance allowance, keeping in view the standard of life of both the families; coercive measures may also be used to recover the allowance from the father. Provided that the minor has not attained the age of seven (if it's a boy) or the age of 16 years (if it's a girl), the Court shall, on the first date of hearing, pass an interim order for the custody of minor to the mother and visitation rights of the father.

- e. *Child Marriage Restraint Act, 1929*: Marriage of girls during childhood is prohibited. The parents and the *nikkahkhwan* both are liable to be punished with imprisonment and a fine if they are involved in arranging the marriage of a girl who is under sixteen years of age. The minimum marriage age was extended to 18 years through an amendment in family law.
- f. *Dowry and Bridal Gifts (Restriction) Act, 1976*: Sections 3, 6, and 9.

3. CASE-LAW STUDY

In the previous sub-section, women's status and rights have been discussed in detail along with a brief historical overview. In this section, the primary focus is on the court practice with regard to women's rights in matters of contractual nature, keeping in view the Sharia and Common law system. The aim is to reflect the working and interconnected nature of both legal systems in the context of women in Pakistan.

Protecting the rights of women in Muslim societies is a subject of scholastic debate within the contemporary legal scholarship. In Pakistan, the debate is even more hectic, especially in the circumstances of a constitutionally mandated Islamization process. After Pakistan emerged on the world map, this process was initiated and accelerated by Gen. Zia's military rule (1977–88). The degradation of women's rights and status is perceived to be one of the significant consequences of this process. One of the misconceptions widely prevalent about women in Pakistan is that they do not enjoy equal legal protection. The aforementioned provisions in sub-section 2.3 provide adequate constitutional guarantees for the protection of women's rights in Pakistan. Besides such express provisions for the elimination of discrimination in the Constitution, it can be seen that the courts have not fully protected the rights of women in Pakistan. There

is still more work and effort needed to accomplish the goal of equal status and rights for the women in the country.

Nevertheless, the Supreme Court of Pakistan has been continuously striving to bring the inequality gap regarding the status and rights of women to a minimum, so that women can enjoy their rights as sanctioned by the law of the land i.e. the Constitution. For that purpose, some of the cases and/or judgments of the Supreme Court are provided to highlight its progressive role in the promotion of women's contractual rights in a mixed legal system, comprising of Sharia and Common legal system.⁹⁵ In the following cases, it can be seen that the Supreme Court was fairly consistent in supporting and securing women's rights within the constitutional framework. It has appeared to follow a progressive interpretation of Islamic law by applying *istihsan* or juristic discretion to solve the *maslah* or problem/issue. In short, all the efforts of the apex court highlight its commitment to uplift women's status largely through the constitutional parameters, as shall be evidenced from the cases/judgments cited below.

In the *Shirin Munir*⁹⁶ case, there was a controversy related to discrimination on the basis of sex in the admission or enrollment of female students in educational institutions. The context of the case was that some educational institutions set a quota for both males and females in order to deprive female students of securing the admission they were otherwise entitled to. The Supreme Court held that no discrimination based on gender could be allowed except on the grounds of reasonable and intelligible classification. Coeducation is permitted and the settings of gender-based admission quotas are directly contrary to the requirements of Article 25(2) unless they are justified as a protective measure for women and children under Article 25(3). The Constitution assumes that women and children need protection rather than males, and as long as the same constitutional assumption continues, the court cannot reverse it by giving males protection at the cost of women and children.

Hafiz Abdul Waheed⁹⁷ is one of the most celebrated cases concerning women's rights in Pakistan. In this case the dispute resolves over an adult girl's right to marry once and for all of her own free will and without a *wali* or guardian's consent. The Supreme Court held that the marriage was not illegal because of the presumed lack of consent of a *wali*. The court relied specifically on a number of Federal Sharia Court

95 Shahbaz Cheema, "Protection of Legal Status of Women in Pakistan: An Analysis of the Role of Supreme Court", *International Journal of Physical and Social Sciences* 4/2014, 616.

96 *Shirin Munir and others v. Government of Punjab and Another*, PLD 1990 SC 295.

97 *Hafiz Abdul Waheed v. Asma Jehangir*, PLD 2004 SC 219.

judgments that an adult *sui juris* Muslim girl can contract a valid *nikah* or contract on her own.

In the Rafique Bibi⁹⁸ case, the issue of delay in registering an FIR for alleged manipulation of income records, depriving a woman of her due inheritance share of immovable property was brought before the Supreme Court. The Court observed that it had always stressed the protection of women's rights related to land property in particular. Women have the right to petition for their civil rights in the courts, and if such a case has been brought before the courts, it would have to be dealt with in compliance with the law; relief could not be refused based on technicalities alone.

In another case, Fazal Jan⁹⁹ addressed the rights of illiterate *pardanashin* (veiling) women in property matters. The Supreme Court noted that the petitioner was not expected to conduct a complicated case herself, so it was in the interests of justice that a competent and experienced civil lawyer should assist her. Such assistance would be considered in accordance with her fundamental rights, as provided for in Article 25(3).

The competence of a woman to be Pakistan's prime minister was disputed in the *Inquilabi* Labor Party and a statement was sought that a woman could not be head of an Islamic state, minister or member of the Provincial or National Assembly as it is against the spirit of the Constitution and the Quran and Sunnah. The court held that it is clear that the Constitution itself envisages "Muslim" as meaning a "person" that could not be restricted to men by any means.¹⁰⁰ Thus, the court concluded that there is no constitutional bar for a woman to assume responsibilities of a public nature that were discussed in the case.

The Supreme Court decided in the favor of Noor Jehan (famous Pakistani female singer) by giving her a fair share of her right from her father's property in 2016, which was long contested by her brothers. Although the decision came long after her death (she died in 2000), it paved the way for the acknowledgment of women rights in Pakistan.¹⁰¹ The case was decided by a two-member bench, comprised of Justice Ejaz Afzal Khan and Justice Qazi Faez Isa.¹⁰² In the ruling, they observed, "A sister, to claim her rightful inheritance, was compelled to go to court and suffered long years of agony. However, before she could get what was rightfully hers, she too departed from this world. A quarter of a century has elapsed since the

98 Rafique Bibi v. Sayed Waliuddin, 2004, 1 SCC 287.

99 Mst. Fazal Jan v. Roshan Din and 2 others, PLD. 1992 SC 811.

100 Shahbaz Cheema, "Protection of Legal Status", 619.

101 Nasir Iqbal, "SC gives deceased woman rightful share in inheritance", DAWN, <https://www.dawn.com/news/1243270>, last visited 20.4.2020.

102 *Ibid.*

death of Haji Sahraney (the deceased father). Such a state of affairs, to say the least, is most unfortunate.”¹⁰³

Where the infant is illegitimate, custody goes to the woman regardless of the religion of the parents. According to both Islamic and Pakistani law, an illegitimate child belongs only to the mother, and the father has no right to claim custody. In *Roshni Desai v Jahanzeb Niazi*,¹⁰⁴ the court awarded the mother the custody of an illegitimate boy. The child’s father was a Muslim, while his mother was a Hindu. They were staying in Canada, and they had a son without marriage. The mother demanded custody of the minor when the father brought his son to Pakistan. The High Court of Lahore ruled that such an arrangement was not accepted under Islamic law and the child has been declared illegitimate. The court observed that the father has no association with his illegitimate child in Islamic law and in Pakistani law, and that an illegitimate child belongs to his mother. The court granted the mother custody of the minor and ruled that only maternal relations are eligible to claim custody of an illegitimate infant in case of absence or disqualification of the mother. The father holds no claim to the custody based on the fact that the mother was a non-Muslim.

Moreover, Section 5 of the Dowry and Bridal Gift Restriction Act 1976 states: “All the property given as dowry or bridal gifts and all property given to the bride as a present shall vest absolutely in the bride, and her interest in the property however derived shall hereafter not be restrictive, conditional or limited.” Therefore, a gift or benefit was in essence a reward from one person to another according to the *Muhammad Ashraf v. Farzana Kousar* case in 2016.¹⁰⁵ In the said case, it was stated that such a gift or benefit will become irrevocable when the materials of a ‘gift’ have been completed. Thus, the donor would no longer hold any claim of return for such gifts from the donee in case of transfer of possession of such gifted property.

In addition, according to the Punjab Commission on the Status of Women Gender Parity Report, an unprecedented 746 honor killings, 24 stove burnings, 18 cases of divorce marriages, almost 1000 confirmed cases of abduction, 730 cases of gang violence, 31 case of sexual assault and 305 cases of physical abuse were reported in 2017 alone. However, most of the these cases or incidents go unreported and all of these reports go unchallenged.¹⁰⁶

103 *Ibid.*

104 *Roshni Desai v. Jahanzeb Niazi*, 2011 PLD 423.

105 *Muhammad Ashraf v. Farzana Kousar*, 2016 CLC 1473.

106 Tahmina Rashid, *Crimes against women in Pakistan*, Policy Forum, 2019. <https://www.policyforum.net/crimes-against-women-in-pakistan/>, last visited 7.8.2020.

4. CONCLUSION

Women's rights are human rights that can be secured only if the Pakistani society is free from gender-based violence and addresses women's position by viewing women not only as mothers, daughters, sisters and wives, but also human beings. In the light of the facts presented above about the status of women in Pakistan, improved legislation seems to be an important tool in uplifting and improving the status of women in social, economic and political aspects. For that purpose, it can be seen that the Supreme Court of Pakistan has been continuously supporting and securing women's rights within the constitutional framework by following a progressive interpretation of Sharia law. However, notwithstanding this progressive attitude of the courts of Pakistan towards the status and rights of women, there is still much work left to do in this regard. There is a dire need to find a common core between the rulings/laws of both legal systems in order to find solutions to the existing laws of inequality and subordination of women in Pakistan.

Hence, it is important to organize regular training and awareness programs periodically to make women aware of their rights and empower them to exercise justified demands. In addition, the present laws need to be revised and modified. More specifically, in a dogmatic society in Pakistan, proper law enforcement is critical for providing women with a safe and secure environment to prosper themselves. And there is a need to establish a women's legal assistance centre on a national and district level.

Moreover, while discussing women's status in Pakistan, it becomes evident that Pakistan is tossing between the traditional Sharia law and the modern common law system. This modern legal system has been forced on Pakistan much like every other postcolonial country, but the culture has not fully changed from inside. Therefore, the constant tussle between the two is taking its toll on the female population, resulting in the oppression of women. To sum up, Pakistan needs to address the issue of women's status with acumen, by reducing the existing gulf between theory and practice regarding the empowerment of women. The government of Pakistan must bridge this gap by taking proficient steps to empower the women, who have become a symbol of oppression and disparity not only domestically but also internationally. It should provide the women with opportunities to compete with men on an equal platform, in order to acquire a status parallel to that of the women in other developed countries.

BIBLIOGRAPHY

PRIMARY SOURCES:

- Gazette of India, Factories Act, India, 20.8.1934 (Act No. XXV OF 1934).
- Hafiz Abdul Waheed v. Asma Jehangir, PLD 2004 SC 219.
- Imperial Legislative Council, Code of Civil Procedure, India, 1.1.1908 (Act No. 5 of 1908).
- Imperial Legislative Council, Criminal Procedure Code (Cr.P.C), India, 1.4.1898 (Act No. 2 of 1974).
- Imperial Legislative Council, Child Marriage Restraint Act, India, 29.9.1929.
- Married Women Property Act, England-Wales, 1874 (33 & 34 Vict. c.93).
- Muhammad Ashraf v. Farzana Kousar, 2016 CLC 1473.
- Mines Maternity Benefit Act, Pakistan, 26.11.1941 (Act No. XIX of 1941).
- Mst. Fazal Jan v. Roshan Din and 2 others, PLD. 1992 SC 811.
- Muslim Family Laws Ordinance, 1961, The Official Gazette of Pakistan, 7.10.1958 (Ordinance No. VIII of 1961).
- National Assembly Secretariat, Dowry and Bridal Gifts (Restriction) Act, The Gazette of Pakistan, 15.6.1976.
- National Assembly, *The Constitution of the Islamic Republic of Pakistan*, Islamabad 2010.
- Offences of Qazaf (Enforcement of Hadd) Ordinance, The Official Gazette of Pakistan, 9.2.1979 (Ordinance No. VIII of 1979).
- Pakistan Penal Code (PPC), Pakistan, 6.10.1860 (Act No. XLV of 1860).
- Rafique Bibi v. Sayed Waliuddin, 2004, 1 SCC 287.
- Roshni Desai v. Jahanzeb Niazi, 2011PLD 423.
- Salman Akram Raja vs. Government of Punjab, Constitution Petition No. 38, 2nd October, 2012, 2013 SCMR 203.
- Shrin Munir and others v. Government of Punjab and Another, PLD 1990 SC 295.
- The Dissolution of Muslim Marriage Act, India, 17.3.1939 (Act No. 8 of 1939).
- The Guardians and Wards Act, India, 1.7.1890.
- The West Pakistan Maternity Benefit Ordinance, The Official Gazette of Pakistan, 22.12.1958 (W.P. Ordinance XXXII OF 1958).
- The West Pakistan Family Courts Act, The Official Gazette of Pakistan, 18.7.1964 (Act XXXV of 1964).
- Alice Bettencourt, *Violence against Women in Pakistan*, Litigation Report, Human Rights Advocacy Clinic, 2000.

SECONDARY SOURCES:

- Ownership of Property in Islamic Law, 2018. <https://www.ukessays.com/essays/anthropology/property-ownership.php>, last visited 20.4.2020.
- Tahmina Rashid, "Crimes against women in Pakistan", *Policy Forum*, <https://www.policyforum.net/crimes-against-women-in-pakistan/>, last visited 7.8.2020.
- Athar Ahmad, "The women who sleep with a stranger to save their marriage", *BBC News*, <https://www.bbc.com/news/uk-39480846>, last visited 20.04.2020.
- Yusuf Al-Hajj Ahmad, *The Book of Nikah: Encyclopedia of Islamic Law*, Darus-salam Publishers, Volume II, 2014.
- Shaheen Sardar Ali, Anne Griffiths, *From Transnational Relations to Transnational Laws: Northern European Laws at the Crossroads*, Routledge, 2016, Chapter 5.
- Asghar Ali Engineer, *They Too Fought for India's Freedom: The Role of Minorities*, Hope India Publications, Gurgaon 2006, 72.
- Cheryl Benard, *Mapping the Issues: An Introduction To The Range Of Thought In Contemporary Islam*, 1st ed., RAND Corporation, Santa Monica 2003.
- Tom Brooks-Pollock, "The countries where a majority of Muslims want to live under Sharia law", *The Independent*, <https://www.independent.co.uk/news/world/countries-where-majority-muslims-want-live-under-sharia-law-a6773666.html>, last visited 20.4.2020.
- Norman Calder, "Law: Legal Thought and Jurisprudence", John L. Esposito (ed.), *The Oxford Encyclopedia of the Islamic World*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Azam Chaudhary, "The Rule of Law Problems in Pakistan: An Anthropological Perspective of the Daughter's Traditional Share in the Patrimony in the Punjab", *Pakistan Journal of History and Culture* 30/2009, 101–103.
- Imran Sharif Chaudhry, "Gender Inequality in Education and Economic Growth: Case Study of Pakistan", *Pakistan Horizon* 60/2007, 81–91.
- Shahbaz Cheema, "Protection of Legal Status of Women in Pakistan: An Analysis of the Role of Supreme Court", *International Journal of Physical and Social Sciences* 4/2014, 615–627.
- Karen O'Connor, *Gender and Women's Leadership: A Reference Handbook*, SAGE Publication, London 2010, 382.
- Ahmad S. Dallal, Jocelyn Hendrickson, "Fatwā: Modern usage", John L. Esposito (ed.), *The Oxford Encyclopedia of the Islamic World*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Ronald J. Daniels, "The Legacy of Empire: The Common Law Inheritance and Commitments to Legality in Former British Colonies", *The American Journal of Comparative Law* 59/2011, 111–178.
- John L. Esposito, Natana J. DeLong-Bas, *Women in Muslim family law*, Syracuse University Press, Syracuse 2001.
- John L. Esposito, *The Oxford Dictionary of Islam*, Oxford University Press, Oxford 2003.

- John L. Esposito, *Islamic Law: The Oxford Dictionary of Islam*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Mohammad Fadel, “Two Women, One Man: Knowledge, Power and Gender in Medieval Sunni Legal Thought”, *International Journal of Middle East Studies* 29/1997, 185–204.
- Asaf A. A. Fyze, *Outlines of Muhammadan Law*, Oxford Publishers, Oxford 1964.
- Abdul Ghafur Muslim, “Islamization of Laws in Pakistan: Problems And Prospects”, *Islamic Studies* 26/1987, 265–276.
- Rainer Grote, *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. Oxford University Press, Oxford 2012.
- Wael B. Hallaq, *Shari’a: Theory, Practice, Transformations*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Amna Hassan, “Impact of the European Private Law Codification Outside Europe I: Common Law in the Old Colonial Empire”, *Dezső Márkus Research Group for Comparative Legal History (DIKE)*, 3/2020, 170–183.
- Nayer Honarvar, “Behind the Veil: Women’s Rights in Islamic Societies”, *Journal of Law and Religion* 6/1988, 355–387.
- Hussain Haqqani, *Pakistan: Between Mosque and Military*, Carnegie Endowment, 2010, 18.
- Roza Ibrahimova, “Dozens Killed in Violence in Northern Nigeria”, *Al Jazeera*, <https://www.dailymotion.com/video/xr5wnq>, last visited 20.4.2020.
- Masako Iijima, “Islamic Police Tighten Grip on Indonesia's Aceh”, *Reuters*, <https://www.reuters.com/article/us-indonesia-aceh-police-idUSTRE60D07420100114>, last visited 20.4.2020.
- Nasir Iqbal, “SC gives deceased woman rightful share in inheritance”, *DAWN*, <https://www.dawn.com/news/1243270>, last visited 20.4.2020.
- Khurshid Iqbal, *The Right to Development in International Law: The Case of Pakistan*, Routledge, 2009.
- Ibn Kathir, *Tafsir Ibn Kathir*, Surah Al Baqarah, Part II.
- Charles H. Kennedy, “Islamic Legal Reform and the Status of Women in Pakistan.” *Journal of Islamic Studies* 2/1991, 45–55.
- Gilles Kepel, *Jihad: The Trail of Political Islam*, I.B.Tauris, London 2002.
- Nazir Khan, Tesneem Alkiek, Safiah Chowdhury, “Women in Islamic Law: Examining Five Prevalent Myths”, <https://yaqeeninstitute.org/nazir-khan/women-in-islamic-law-examining-five-prevalentmyths>, last visited 20.4.2020..
- Ayesha Khan, Nida Kirmani, “Moving Beyond the Binary: Gender-based Activism in Pakistan”, *Feminist Dissent*, 3/2018, 151–191.
- Sher Ali Khan, “Global connections: The crackdown on HizbutTahrir intensifies”, *Herald*, *DAWN*, <http://herald.dawn.com/news/1153325>, last visited 20.4.2020.
- Sir Wilson Roland Knyvet, *Anglo-Muhammadan Law*, Law Publishing Company, Lahore 1930.
- Ira Lapidus, *The Cambridge Illustrated History of the Islamic World*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.

- Roger D. Long, Gurharpal Singh, Yunas Samad, Ian Talbot, *State and Nation-Building in Pakistan: Beyond Islam and Security*, Routledge, 2015.
- Abul A'ala Maududi, *Syed Abu-Ala' Maududi's: Introductions to the Qur'an*, Amazon 2012.
- Ann Elizabeth Mayer, "Law: Modern Legal Reform", John L. Esposito (ed.), *The Oxford Encyclopedia of the Islamic World*, Oxford University Press, Oxford 2009, 381–389.
- Shampa Mazumdar, Sanjoy Mazumdar, "Rethinking Public and Private Space: Religion and Women in Muslim Society", *Journal of Architectural and Planning Research* 18/2001, 302–324.
- Siam Heng-Heng Michael, Chin Liew Ten, *State and Secularism: Perspectives from Asia*, World Scientific, Singapore 2010.
- Imani Jaafar Mohammad, Charlie Lehmann, "Women's Rights in Islam Regarding Marriage and Divorce", *Journal of Law and Practice* 4/2011, 1–13.
- Annelies Moors, *Women Property and Islam: Palestinian Experience 1920–1990*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.
- Papa Murphy, *Inheritance Laws in an Islamic Society: Islamic Cultures Are Distinct in Everyway*, iUniverse, US 2012.
- Sunan An-Nasai, *Hadith 20*, The Book of Jihad, Chapter 6.
- Feisal Naqvi, "Dispute Resolution: A Jury of One", *The Counsel*, 3/2013.
- R. A. Nicholson, *A literary history of the Arabs*, Cambridge University Press, Cambridge 1969.
- Karen Offen, "Women in the Western World", *Journal of Women's History* 7/1995, 145–151.
- Jan Michiel Otto, *Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden University Press, Leiden 2009.
- Jan Michiel Otto, *Sharia and National Law in Muslim Countries: Tensions and Opportunities for Dutch and EU Foreign Policy*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2008.
- Mariam S. Pal, *Women in Pakistan: Country Briefing Paper*, Asian Development Bank, 2000.
- Shaun D Pattinson, "The Human Rights Act and the doctrine of precedent", *Legal Studies* 35/2015, 142–164.
- Nadeem F. Paracha, "The first Pakistani?", *DAWN*, <https://www.dawn.com/news/1175127>, last visited 20.4.2020.
- Intisar A. Rabb, "Law: Civil Law & Courts", John L. Esposito (ed.), *The Oxford Encyclopedia of the Islamic World*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Shamimur Rahman, "Women's bill sets tough penalties", *DAWN*, <https://web.archive.org/web/20100131230825/http://www.dawn.com/wps/wcm/connect/dawn-content-library/dawn/news/pakistan/04-zardari-signs-women-prot-bill-q5-08>, last visited 20.4.2020.
- Shazia Rafi, "A case for Gandhara", *DAWN*, <https://www.dawn.com/news/1164469>, last visited 20.4.2020.

- Staff Report, “President signs two women's rights bills into law”, *Pakistan Today*, <https://www.pakistantoday.com.pk/2011/12/23/president-signs-two-women%E2%80%99s-rights-bills-into-law/>, last visited 20.4.2020.
- Reuters, “Sherry Rehman appointed Pakistan's ambassador to US”, *DAWN*, <https://www.dawn.com/news/675333/sherry-rehman-appointed-pakistans-ambassador-to-us>, last visited 20.04.2020.
- Achim Rohde, *State-Society Relations in Ba’thist Iraq: Facing Dictatorship*, Routledge, 2014.
- Ibn Rushd, *Bidayatu’l-Mujtahid* (1st ed.), Daru’l-Ma’rifah, Beirut 1997.
- Alexander David Russel, *Muslim Law: An Historical Introduction to the Law of Inheritance*, Routledge, 2013.
- Rubina Saigol, “Pakistan’s Long March”, *Development and Cooperation* 36/2009, 208–210.
- Rubina Saigol, “What is the most blatant lie taught through Pakistan textbooks?”, *Herald*, *DAWN*, <https://www.dawn.com/news/1125484>, last visited 20.4.2020.
- Tad Stahnke, Robert C. Blitt, “The Religion-State Relationship and the Right to Freedom of Religion or Belief: A Comparative Textual Analysis of the Constitutions of Predominantly Muslim Countries”, *Georgetown Journal of International Law* 36/2005, 13–19.
- Devin J. Stewart, “Shari’a”, Gerhard Böwering, Patricia Crone (ed.), *The Princeton Encyclopedia of Islamic Political Thought*, Princeton University Press, 2013.
- Dr. Abdul Razak Shaikh, “Women’s status in Pakistan”, *DAILY TIMES*, <https://dailytimes.com.pk/362564/womens-status-in-pakistan/>, last visited 20.4.2020.
- M. Mazheruddin Siddiqui, *Women in Islam*, The Institute of Islamic Culture, 1952, 23–24.
- Vatsala Singh, “What does Quran say about Nikah Halala? Will banning it help?”, *Bloomberg LP/The Quint*, <https://www.thequint.com/voices/women/so-what-does-the-quran-say-about-nikah-halala-triple-talaq-polygamy>, last visited 23.4.2020.
- Ian Talbot, *Pakistan, a Modern History*, St. Martin’s Press, New York 1998.
- Kashif Mahmood Tariq, “Impact of Anglo-American Jurisprudence on The Pakistan’s Legal system”, *Pakistan Journal of Islamic Research*, 17/2016, 127–140.
- Imtiaz Tyab, *Pakistani police seeks to recruit more women*, *Al Jazeera*, Doha 2014.
- Charris Waddy, *Women in Muslim history*, Longman ELT, London 1980.
- John Wilson, Vikram Sood, Akmal Hussain, *Pakistan’s economy in historical perspective: The Growth, Power and Poverty*, Dorling Kindersley (Pvt) Limited, New Delhi – Washington D.C. 2009.
- Afiya Shehribano Zia, “The reinvention of feminism in Pakistan”, *Feminist Review*, 91/2009, 29–46.
- Farhat J. Ziadeh, “Criminal Law”, John L. Esposito (ed.), *The Oxford Encyclopedia of the Islamic World*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Ira Marvin Lapidus, *A History of Islamic Societies*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

ХАСАН Амна*

ЖЕНЕ У ПАКИСТАНУ – УПОРЕДНА АНАЛИЗА ПРАВА ЖЕНА НА ОСНОВУ АНГЛОСАКСОНСКЕ И ИСЛАМСКЕ ПРАВНЕ ТРАДИЦИЈЕ

Сажетак

Овај рад скреће пажњу на правни положај жена у англосаксонској (*common law*) и муслиманској правној традицији (шеријатско право) Исламске Републике Пакистан. Он најпре разрађује концепт и историјску позадину шеријатског права. Рад затим детаљно осликава историјску позадину статуса жена у Пакистану на основу два главна параметра, то јест на основу њихових права према шеријатском праву и на основу њихових права у *common law* систему, тј. по Уставу и законима. Иако шеријатско право начелно поставља жене као једнаке мушкарцима, ипак постоје одређена питања у којима се жене третирају неједнако, попут брака, развода, наслеђивања, стварних права, итд. Рад се закључује свеобухватном анализом права жена у Пакистану под оба правна система кроз анализу судске праксе.

Кључне речи: *Жене у Пакистану. – Сџаџус и њихова. – Шеријатско њихово. – Common law. – Сџудија случаја.*

Рад приспео / Paper received: 29.4.2020.

Измењена верзија / Revised version: 2.7.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 14.8.2020.

* Докторанд на Правном факултету Универзитета у Печују, hassan.amna@ajk.pte.hu, maryshah28@gmail.com Овај рад представља део пројекта моје докторске дисертације, под насловом 'Comparative Analysis of Core Issues of Contract Law regarding Anglo-Saxon, Continental, and Sharia Legal Systems with respect to the relevant Statuses of Women'. Представљаће треће поглавље тезе. Такође је прихваћен за конференцију Iustoria 2020, која је одложена због пандемије корона вируса.

UDC 341.238(437:569.4)"1947/1949"

CERIF: T330, H250, H300

DOI: 10.51204/HLH_20111A

Mgr. Vojtěch VRBA*

FROM CZECHOSLOVAKIA TO THE STATE OF ISRAEL:
INTRODUCTION TO LEGAL ASPECTS
OF CZECHOSLOVAK HELP
TO THE STATE OF ISRAEL IN 1947–1949

The paper introduces the reader to basic legal aspects of Czechoslovak help to the State of Israel in 1947–1949. During this time, Czechoslovakia exported arms, ammunition, fighter planes and other war material to the Jewish community in the Middle East. There was also a significant number of volunteers, who underwent various training courses in Czechoslovakia. These courses included training of pilots, aviation mechanics, paratroopers etc. All these operations had their legal merits and aspects. The paper analysis these aspects in general. The sources used in the paper are legal and archival documents and interviews, along with secondary sources and literature, both memoirs and historiographic.

Keywords: Czechoslovakia. – Israel. – Legal history. – Israel Independence War.

During 1948, a war was raging in the Middle East. In it, the small nation of Israel stood like biblical David against Goliath comprised of the surrounding Arab states. The “sling” was at that time provided mainly by

* Ph.D. student at the University of West Bohemia in Pilsen Faculty of Law, vrbav@kpo.zcu.cz.

The paper was written under the project “ZČU SGS-2020-025 Law in the Course of Time 3”, realised at the Department of Legal History of the University of West Bohemia in Pilsen Faculty of Law.

another small nation, thriving for many centuries far away from the Middle East. Czechoslovaks, with their home situated in the centre of Europe.

This paper's aim is to describe circumstances surrounding the story of the "sling". Arms shipments and services provided by Czechoslovakia were contractually secured with emphasis on maximising the legality of their every aspect, as will be briefly shown. Additionally, each and every contract negotiated between Czechoslovakia and the Jewish Agency and/or Israel should be observed as valid, legal and without any legal fault, both nowadays and at the time of their creation. To support these claims, archival sources were examined, interviews with contemporaries were conducted, literature and legal sources such as individual Acts, Treaties, regulations etc. were thoroughly studied. The main aim of this paper, however, is to present the legal issues regarding these somewhat obscure events of 1947–1949 to the general public, rather than offer a thorough scientific examination of an individual legal document or case – instead, this work is crucial for providing a context for such an analysis and examination. Because, as it will be shown, there are many cases and many legal documents to examine, and each of them would make a story of its own. Speaking of stories, let us start with one.

On a foggy Sunday on December 19th, 1948, there was a big fuss at the small airport of Kunovice, near the town of Zlín in Czechoslovakia. A thorough pre-flight check was performed on six Supermarine Spitfire Mk. IXE fighters, modified to gradually reach two locations: firstly, the Nikšić airfield in Yugoslavia; secondly, the State of Israel. Code name of the operation: Velvetta II. The pilots: volunteers from the United States, South Africa and Israel itself, offering their services to help the young nation.¹ Amongst them, there were three outstanding figures: a veteran of the Pacific operations, George Lichter, and two "boys", as George used to call them, Moti Fein² and Dani Shapira^{3,4}.

1 For the overseas volunteers, in Israeli sources usually known as "Machal", see Yaacov Markovitzky, *Machal: Overseas Volunteers in Israel's War of Independence*, Jerusalem 2003, [Internet Edition 2007.], <http://www.palyam.org/Volunteers/MachalPdf.pdf>, last visited on 1.6.2020.

2 Later well-known as Moti Hod, the Commander of the Israeli Air Force during the 1967 Six-Day War.

3 A well-distinguished pilot of the Israeli Air Force who flew in every war Israel was part of, and the first Israeli to fly a Dassault Mirage III fighter plane.

4 Schlomo Aloni, Brian Cull, David Nicole, *Spitfires Over Israel*, Grub Street, London 1994, 293; Eliezer Cohen, *Israel's Best Defense: The First Full Story of the Israeli Air Force*, Orion Books, New York 1990, 48; Vic Shayne, *Ups and Downs With No Regrets: The Story of George Lichter*, iUniverse, Bloomington 2012, 337; Alex Yofe, *Spitfire Mk. IX in the Israeli Air Force Service 1948–1956*, White Crow, San Jose 2007, 13; Robert Gandt, *Angels in the Sky*, W. W. Norton & Co. Ltd., New York 2017, 313; *Above and*

It was not the first time that George was preparing for takeoff to Yugoslavia. It was only the day before that he, together with Sam Pomerance – in charge of Spitfires' modifications, Bill Pomerantz, and others took off and headed south. In order to enable the Spitfires to reach both destinations, every nonessential piece of equipment was removed and replaced with spare fuel tanks.⁵ To maximise the chance of success of the operation, an order to fly in close formation was given.⁶

But a snowstorm hit them, and they could either try to pass through it, or turn back. George and the others chose the latter, while Bill Pomerantz and Sam Pomerance went on. The former managed to perform an emergency landing on the coast of Yugoslavia. Sam Pomerance crashed into a mountain and died on impact.⁷ The snowstorm passed, now, and it was George's turn to lead the squadron on again. The problems, however, were looming on the horizon and it was not long before they occurred.

The weather worsened quickly after they took off, once again. Suddenly, Dani lost contact with both his leader – George – and the wingman – Moti. He had not learnt dead reckoning and instrument flying, he did not know where he should be headed, and, apart from some rather alarming information, he could not read where he was heading at all. *"I knew that I was turning right and that I was descending, but I had no idea where I was going..."*⁸

Dani started to prepare for leaving the plane. He opened the cockpit.

*"...and then, suddenly, through the clouds, there was George. He found me. He waved at me and took me and lead me up all the way to others. He found me."*⁹

And so it came that all six Spitfires safely reached Nikšić that day.

This unbelievable story from the winter of 1948, told to us by Dani Shapira on our visit to Haifa in 2018, was one of many manifestations of events set in motion thousands of kilometres away from sunny Israel – in

Beyond [movie], directed by Roberta Grossman, USA 2014, 01:09:00 et seq; Zdeněk Klíma, *Československý podíl na vzniku izraelského vojenského letectva a jeho operační činnosti v 1. izraelsko-arabské válce: proseminární práce*, Praha 1995, 115.

5 Avi Cohen, *The History of Israeli Air Force in The War for Independence 15 July 1948 – 15 October 1948* (hebrew), Ministry of Defence, Tel-Aviv 2004, 474; Z. Klíma, 99.

6 From a personal interview with Dani Shapira, Haifa 25. 3. 2018; S. Aloni, B. Cull, D. Nicole, 293–294; V. Shayne, 337; R. Gandt, 314; Above and Beyond, 01:10:30 et seq.

7 S. Aloni, B. Cull, D. Nicole, 293; E. Cohen, 47; V. Shayne, 336; A. Yofe, 13; R. Gandt, 313; Z. Klíma, 115.

8 From a personal interview with Dani Shapira; S. Aloni, B. Cull, D. Nicole, 293–294; V. Shayne, 337; R. Gandt, 314; Above and Beyond, 01:10:30 et seq.

9 From a personal interview with Dani Shapira; S. Aloni, B. Cull, D. Nicole, 294; R. Gandt, 314; Above and Beyond, 01:11:30 et seq.

a small country in the heart of Europe, in Czechoslovakia. Czechoslovakia itself lived through major changes between 1947 and 1949. The struggle between the “old” republican ways and the “new” communist ones was going on at full-tilt since the war and it culminated in February 1948, when the Communist Party of Czechoslovakia finally seized power in a *coup d'état*. The country started to gradually shift to the East. Although some contracts between the Jewish community of Palestine and Czech factories were negotiated and closed before February, they seemed to be unaffected by the inner struggles. And new ones were on their way, fully endorsed by the new regime.

In the end, Czechoslovakia sold fighter planes (Avia S-199 and Spitfire Mk. IXE), rifles (Mauser Kar 98k), machine guns (Mauser MG-34 and ZB-37), and ammunition to the Jewish community of Palestine and, subsequently, the State Israel, and provided training for pilots,¹⁰ mechanics,¹¹ paratroopers¹², and even a whole unit of volunteers known as “the Hagana Brigade”¹³. This way, about 50 000 rifles, 6 000 machine guns, millions of rounds of ammunition, 25 Avia S-199 planes and about 60 Spitfire planes left Czechoslovakia for Israel.¹⁴

- 10 Regarding the promise from May 5th, 1948, see Archiv Bezpečnostních složek (Archive of Security Services, further as “ABS”), 425_360_6_0005; Marie Bulínová et al. (eds.), *Československo a Izrael 1945–1956: dokumenty*, Ústav pro soudobé dějiny AV ČR, Praha 1993, 99, No. 26; Z. Klíma, 130 et seq.
- 11 Also, regarding the promise from May 5th, 1948, see ABS 425_360_6_0005; Bulínová et al., 98, No. 26; Arnold Krammer, *The forgotten friendship: Israel and the Soviet Bloc, 1947–53*, University of Illinois Press, Urbana 1974, 92.
- 12 ABS 425_360_6_0005; Bulínová et al., 99, No. 26.
- 13 About the brigade, see Jiří Dufek, Karel Kaplan, Vladimír Šlosar, *Československo a Izrael v letech 1947–1953*, Doplněk, Praha 1993, 59. et seq; J. Dufek, K. Kaplan, V. Šlosar, 174–189; Ivo Pejčoch, “Výcvik příslušníků brigády Hagana v Československu”, *Historie a vojenství*, 60/2011, 4–21; also from testimonies, see Yad Vashem, The World Holocaust Remembrance Center, Archives, O.59, Collection of Testimonies and Documents about the Participation of Czechoslovakian Jewry in the War against Nazi-Germany (further as “YAD VASHEM ARCHIVES, O.59”), File No. 9, Božena Elisheva Hermann-Cohen, interview from 17.1.1973, 1; Yad Vashem, The World Holocaust Remembrance Center, Archives, O.59, Collection of Testimonies and Documents about the Participation of Czechoslovakian Jewry in the War against Nazi-Germany, File No. 71, Samson Šachta Schaechter, interview from 14.4.1973, 13; Interview with MUDr. Michael Lavi roz. Lebovič (1913–2015.), Adam Hradílek (interviewer), *Paměť národa*, cit. 25.2.2019, Ascalon, 7. 6. 2006. <<https://www.pametnaroda.cz/cs/lavi-roz-lebovic-michael-1913>>; Vilém Kahan, “Vilém Kahan par lui même (extraits des entretiens de 1984)”, *Bibliography of the Communist International (1919–1979)*, E.J. Brill, New York 1990, 58; Karel Bartošek, *Český vězeň: svědectví politických vězňů a vězňů let padesátých, šedesátých a sedmdesátých*, Paseka, Praha 2001, 136.
- 14 Amitzur Ilan, *The origin of the Arab-Israeli arms race: arms, embargo, military power and decision in the 1948 Palestine war*, New York University Press, New York 1996, 173; see also Z. Klíma, 235. et seq.

As outstanding and generous these events may appear, it was not any sudden collective change of heart for the Czechoslovaks. The state – and its representatives – was well known to be sympathetic towards the Jewish pursuit of a state in Palestine for a long time. After all, it was the notable first president of Czechoslovakia, Thomas Garrigue Masaryk, who visited Palestine as the first head of a state in history. Although his visit was planned to be *incognito*, the rumour of it easily and quickly spread among Palestine's inhabitants and he was welcomed, especially by the Jewish community, as any head of state on an official visit.¹⁵ It was no wonder – his stance against antisemitism was already known from his engagement in the so-called “Hilsner Affair”, when he valiantly defended Hilsner, a Czech Jew, unlawfully accused of the ritual killing of Anežka Hružová.¹⁶ To honour all his accomplishments in his life-long fight against antisemitism, a kibbutz in Israel (or the contemporary British Mandate of Palestine) was even established in 1933 – Kfar Masaryk.¹⁷

Thomas was not the only Masaryk that supported the “Jewish cause”. His son, Jan, together with Karel Lisicky, advocated for it in the forum of the newly formed United Nations.¹⁸ And it was Karel Lisicky, representing Czechoslovakia in UNSCOP – the United Nations Special Committee for Palestine, who gathered information and then formulated the groundwork for the United Nations Resolution No. 181/II from November 29th, 1947, known as the Partition Plan for Palestine.¹⁹ The resolution, then, provided a legal base for the existence of two independent states – Jewish and Arab.²⁰

As time has shown, these were not only diplomatic battles of the world-size calibre, but also battles of a calibre much smaller. These battles and struggles took place between players in the Czechoslovak post-February politics, and their theatre was the sphere of Czechoslovak arms industry. When the Communist party seized power, traditionally western-ori-

15 Základ novodobých česko-izraelských vztahů se zrodil před 90 lety. Postaral se o to TGM, <https://ct24.ceskatelevize.cz/svet/2089059-zaklad-novodobych-cesko-izraelskych-vztahu-se-zrodil-pred-90-lety-postaral-se-o-tgm>, last visited on 2.6.2020.

16 About Hilsner Affair, see Martin Wein, *History of the Jews in the Bohemian Lands*, E.J. Brill, New York 2015, 40–42; Pavel Kosatík, *Jiný T. G. M.*, Paseka, Praha 2018, 136–141; about Masaryk's views see also Tomáš Garrigue Masaryk, *Nutnost revidovati proces polenský*, Praha 1899.

17 מִכְרֵי מָסָרִיק, <http://www.kfar-masaryk.org.il/mainsite.asp?sitenam=masaryk>, last visited on 2. 6. 2020.

18 Moshe Yegar, *Československo, sionismus, Izrael*, Victoria Publishing, Praha 1997, 82–84.

19 Tomáš Habermann, *Československo a Izrael 1947–1949: Léta přátelství*, Master's degree diploma theses, Charles' University in Prague, Praha 2001, 29; M. Yegar, 83.

20 Part I, Letter A, Article 3 of A/RES/181(II), Future government of Palestine, 29. 11. 1947.

ented factories started losing their markets. It became more and more of an economic necessity to find a suitable trade outlet – or else the economic recess would start to threaten the otherwise stable sector.²¹ Therefore, the previously mentioned calibre can be calculated quite precisely as the 7,92 mm calibre – the one used by both rifles and machine guns produced by Zbrojovka Brno, the largest arms and ammunitions national factory that sold these articles to the Jewish community of Palestine, and subsequently to Israel.

These contracts were acted upon even though the states were, according to resolution 181/II, “(...) *to refrain from taking action which might hamper or delay the carrying out of (...) recommendations, (...)*”²². This formulation is sometimes misinterpreted as an imposition of an embargo on Palestine. But the embargo itself could be (and was) imposed only by a Security Council resolution.

There are three crucial resolutions to consider when deciding whether or not an embargo on export of arms and ammunition to the Middle East really existed. In the first one, S/RES/42 of March 5th, 1948, the Security Council „*appeals to all Governments and Peoples, particularly in and around Palestine, to take all possible action to prevent or reduce such disorders as are now occurring in Palestine.*”²³ This is not to be counted as imposing an embargo, especially with regard to later practice, forged during these difficult formative years of the United Nations, which was rigorously observed.²⁴ To “activate” articles 41 and 42 of the UN Charter²⁵, a sort of warning – the formal determination of existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression – has to be issued first.²⁶ Only after such a warning can a measure be undertaken under the article 41, and then subsequently under the article 42. And one such measure under the article 42 of the UN Charter is an embargo.

The process therefore must be: 1. determination (“warning”), 2. action under article 41 of the Charter, 3. action under article 42. The resolution 42 of March 5th ought to be viewed as the first step – a determination of threat to the peace, although the Security Council does not

21 Archiv Bezpečnostních složek (Archive of Security Services, further as “ABS”), 425–365–1, 7.

22 Preamble, A/RES/181 (II).

23 Art. 4, S/RES/42 (1948) of March 5th, 1948.

24 Miroslav Potočný, Jan Ondřej, *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část*, C.H. Beck, Praha 2011, 299.

25 United Nations Charter, <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>, last visited on 4.8.2020, furthermore, as “UN Charter”.

26 See Art. 39 UN Charter.

explicitly state it. The next resolution, S/RES/46 (1948) of April 17th, 1948, appeals on all persons and organizations in Palestine and especially the Arab Higher Committee and Jewish Agency to “*refrain from importing or acquiring or assisting or encouraging the importation or acquisition of weapons and war materials*”.²⁷ That is clearly an imposition of a measure under article 41 of the Charter, but this measure is not directed towards all members of the UN, and even less towards third countries. However, the Security Council opened doors to measures under article 42 – and waited patiently to step into them.

That happened on May 29th, when the next resolution called for an embargo on Palestine.²⁸ But Palestine effectively ceased to exist on May 15th, after the British Mandatory Administration withdrew its forces. There were already one or two successive states struggling to gain recognition, thus the embargo was incorrectly formulated and as a legal act ineffective, null and void, even. As for Czechoslovakia, more important is the fact that neither her, nor any other country was ever accused of breaking such an embargo on any forum.

As for the legality of the executed arms and ammunitions contracts, Czechoslovakia was bound by another international legal document: Convention for the Control of the Trade in Arms and Ammunition from 1919²⁹. Conforming to this convention, Czechoslovakia had come up with a system of permits or licenses for exportation of arms and ammunition. Czechoslovakia not only devised such a system but rigorously observed it as far as we can say from the extant, fragmentary base of documents we have at our disposal.³⁰

The system itself included approvals of various authorities bound by § 24 subsection 3 of the Act No. 131/1936 Coll., on the Defense of the State. The process usually depended on the material that was the object of a contract. Therefore, we can observe the influences of the general staff of the Army and Air force³¹, ministries of national defence, foreign affairs, and

27 Art. 1, letter c), S/RES/46 (1948) of April 17th, 1948.

28 Art. 4, S/RES/50 (1948) of May 29th, 1948.

29 ABS 425_239_01_0136; Full text of the Treaty is available from: Convention for the Control of the Trade in Arms and Ammunition from 1919, Supplement: Official Documents, *The American Journal of International Law*, 15/1921, 297–313.

30 For example: Copy of export permit No. 830632, Moravský zemský archiv (Moravia Land Archive), Fond K433-supplement 2005, folder Zbrojovka Brno, s. p., 1946–1952, collection 37, inv. No. 93; “Obchodní korespondence s Palestinou” (further as “MZA-PA”), fol. 537–538; Copy of export permit No. 830878, *ibid*.

31 Document reference: “Důvěrné Izrael z MNO 1948–1953”, Archiv Vojenského historického ústavu (Archive of Military History Institute Prague), No. 690 taj., (further as “VHÚ”); Z. Klíma, 36.

foreign trade.³² Trade operations were also endorsed by the government – by its Prime Minister, the communist party chairman, Klement Gottwald.³³

Economic necessity and the policy of the Communist Party that tried to act in accordance with the USSR Middle-Eastern policy of weakening the “imperialist influence” in the region, along with a history of pro-Jewish sentiment displayed by the authorities, were not the only factors that played a role in the 1948 operations. After all, a considerable role was played by simple human relationships and individual motivations, usually consisting of more than one of the abovementioned factors. It was probably a Czech-born Jew, Otto Felix, who made it possible for Ehud Avriel³⁴ – one of the emissaries of the Jewish Agency for Palestine sent to Europe to look for arms – to negotiate with Zbrojovka Brno, thanks to his pre-war connections.³⁵

The first contract concluded on January 20th, 1948 without any legal flaw under the Act No. 946/1811 Coll., the Civil Code; it called for a delivery of 4 500 Mauser Kar 98k rifles (Zbrojovka produced them as “P-18s”), 200 MG-34 machine guns and 5 040 000 rounds of 7,92 mm ammunition.³⁶ This material reached Palestine partly by chartered flight and partly through Yugoslavian ports of Vukovar and Šibenik, just in time to help the Jewish community break the siege of Jerusalem during operation Nachshon.³⁷ Generally speaking, the first shipments went the same way – from Bratislava to Vukovar, then to Šibenik, and finally to Palestine.

32 Copy of export permit No. 830632, MZA-PA, fol. 537–538; Copy of export permit No. 830878, *ibid.*

33 VHÚ, Reference No. 12526-taj-pkm-1948, fol. 40; Bulínová et al., 88, No. 24; Bulínová et al., 110, No. 27.

34 About him, see Ehud Avriel, *Open the gates!: A personal story of “illegal” immigration to Israel*, Atheneum, New York 1975, 331. et seq; revisited and extended in article Ehud Avriel, „Prague and Jerusalem: the Era of Friendship”, Avigdor Dagan, Gertrude Hirschler, Lewis Weiner (eds.), *The Jews of Czechoslovakia: historical studies and surveys*, The Jewish Publication Society of America: Society for the History of Czechoslovak Jews, Philadelphia 1984, 551–565; Frank Haggai, Zdeněk Klíma, Yossi Goldstein, “The First Israeli Weapons Procurement Behind the Iron Curtain: The Decisive Impact on the War of Independence”, *Israel Studies*, 22/2017, 132; David Bercuson, *The Secret Army*, T. H. Best, Toronto 1983, 30; see also A. Krammer, 59.

35 F. Haggai, Z. Klíma, Y. Goldstein, 131; A. Krammer, 61; Leonard Slater, *The pledge*, Pocket Books, New York 1971, 143; Benjamin Kagan, *The Secret Battle for Israel*, American Book-Stratford Press, Cleveland – New York 1966, 44–45.

36 “Contrat”, MZA PA, fol. 372; Order ratification 410001/zazbr, Národní archiv (National Archive), Fond 947 “Československé závody kovodělné a strojírenské n. p. 1945–1949”, reference No. 16, Collection 5 “Bezpečnost”, Folder “Zbrojovka Brno, zahraniční prodej zbraní”; See also: A. Krammer, 60–61.

37 About operation Nachshon which started on March 6th, see E. Cohen, 21–22; Chaim Herzog, *Arabsko-izraelské války: válka a mír na Blízkém východě od války za nezávislost v roce 1948 po současnost*, NLN, Praha 2008, 33. et seq.; see also Z. Klíma, 33.

Apart from arms, Czechoslovakia agreed to sell fighter planes to the Jewish community, and subsequently Israel. The first contract, concluded also under the Act No. 946/1811 Coll., the Civil Code, on 10 Avia S-199 (modified Messerschmitt Bf-109) was concluded on Friday, April 23rd, 1948.³⁸ The Czech side was represented by Czechoslovak Metal and Engineering Works (Československé závody kovodělné a strojírenské), the Jewish by Ehud Avriel and Otto Felix.³⁹ Czechoslovak Metal and Engineering Works also pledged themselves to train 10 pilots sent by the Jewish Agency to fly the Avias.⁴⁰ On June 21st, 1948, an additional contract on 15 more Avias was concluded.⁴¹

Planes were shipped to Israel from a military airport near Žatec in Czechoslovakia, which had been lent to the Jewish Agency by the Czechoslovak Air Force.⁴² The course was abridged, on request of the trainees—so they could be engaged in a fight for Israel's independence as soon as possible.⁴³

This course for piloting the Avias was only the first of the courses Czechoslovakia would offer to volunteers willing to go to fight for Israel. As it was already mentioned, apart from the retraining course, volunteers could undergo basic pilot training,⁴⁴ advanced pilot training,⁴⁵ a course for flight mechanics and radio operators⁴⁶, and courses for paratroopers and tank operators. This was possible due to the document negotiated by Mr Felix and signed by the chief of the Czechoslovak Air Force division, general Alois Vicherek, chief of general staff, Bohumír Boček, secretary of defence, general Ludvík Svoboda, and, finally, Prime Minister Klement Gottwald.⁴⁷

The largest training action produced a whole unit in the size of a ready-to-deploy brigade. The training was executed on grounds of a con-

38 VHU, document concerning the C-210 fighter planes; the same document is printed in edition by Bulínová et al., 89, No. 25. Everything further stated about the document therefore counts the same for original; see also Z. Klíma, 35.

39 Bulínová et al., 89, No. 25; Z. Klíma, 35–36.

40 About training see e. g. R. Gandt, 72–74; E. Cohen, 23–25; Ezer Weizman, *On Eagle's Wings*, Weidenfeld & Nicolson, London 1976, 61. et seq.; Jeffrey Weiss, Craig Weiss, *I am My Brother's Keeper: American Volunteers in Israel's War of Independence 1947–1949*, Schiffer, Atglen 1998, 110; Z. Klíma, 130. et seq.

41 Bulínová et al., 117, No. 36; Z. Klíma, 38. et seq.

42 See article 5, ABS 425_360_6_0005; Bulínová et al., 97, No. 26; A. Krammer, 88–89; J. Weiss, C. Weiss, 111–112; R. Gandt, 90–95; Z. Klíma, 74 et seq.

43 Above, and Beyond, 36:17; E. Weizman, 63–64; R. Gandt, 78–80.

44 ABS 425_360_6_0005; Bulínová et al., 98, No. 26; Z. Klíma, 146. et seq.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*; see also A. Krammer, 92.

47 ABS 425_360_6_0004, Bulínová et al., 99, No. 26; Z. Klíma, 36.

tractual document, signed between the envoys of Israel and an independent Czechoslovak intermediary, who guaranteed that the action would be realised by the Czechoslovak authorities.⁴⁸ The document also specified, apart from other things, conditions for deployment of members of the brigade in Israel, including compensations for their injuries and/or death.⁴⁹ The unit consisted of volunteers both from Czechoslovakia and from other countries – among them were even 4 citizens of Yugoslavia: private Isidor Deutsch of an artillery company, private Sado Bachar of the sapper company, and privates Lazar Israel and Aron Avramovic of the tank platoon. Two officers from the Yugoslavian army who were actively deployed in the Second World War appeared in the school for commanding officers – Markus Toba and Josef Jakubovic.⁵⁰

Let us step back to fighter planes – the Avias were not the only ones sent to Israel that year. In accord with the contracts from September 7th 51 and November 8th, 1948⁵², 62 Spitfire Mk. IXE were sold to the Israelis.⁵³ Czechoslovakia originally acquired those Spitfire planes as thanks for the service of many Czechoslovaks in RAF during the Second World War and now, when the orientation of the country shifted from West to East, there was no reason to keep them in the arsenal.⁵⁴

In autumn 1948, the situation grew in uncertainty in both Israel and Czechoslovakia – so it was decided in mutual agreement that it should be best to transport the Spitfires to Israel as soon and as quickly as possible. The necessary modifications were made thanks to the wit and resource-

48 Bulínová et al., 122, No. 37; see also: Yaacov Ro'I, *Soviet decision making in practice: the USSR and Israel, 1947–1954*, Transaction Books, New Brunswick – New Jersey 1980, 144–145; A. Ilan, 167–168.

49 Bulínová et al., 120–122, No. 37.

50 They can be found in a register of brigade's members in ABS 425-360-1; Bulínová et al., 337–365; the spelling of the names is as used in the document. During our team's research, we came across names of members that are not mentioned there. It should be amended in the future, especially based on the individual testimonies and personal records of former members and their families.

51 Bulínová et al., 146, No. 51.

52 Bulínová et al., 221, No. 86, Bulínová et al., 223, No. 86.

53 Bulínová et al., 146, No. 51; Bulínová et al., 221, č. 86, Bulínová et al., 223, č. 86; see also A. Krammer, 99; A. Ilan, 169–170; Z. Klíma, 50. et seq.

54 A. Yofe, s. 13; Miroslav Irra, *Výzbroj ČS. vojenského letectva 1945–1950*, Q Point, Praha 2018; Miroslav Irra, "Spitfajr": *Supermarine Spitfire L.F. Mk. IXE v československém letectvu*, Jakab, Nevojice 2016; Jiří Rajlich, *Czechoslovak Spitfires in detail: the history of Czechoslovak Spitfires L.F.Mk.IXE from 1945 to present*, RAK, Praha 2002; František Kořán et al., *Spitfire L.F.Mk.IX in detail: Spitfires L.F.Mk.IX from the Czech National Technical Museum's collection in Kbely Aviation Museum exhibition and of the IWM's collection in Duxford*, Wings and Wheels Publications, Praha 2002.

fulness of the Machalniks (especially Sam Pomerance) and the Israelis – and now the Spitfires could fly the distance between Czechoslovakia and Israel with only one stop.⁵⁵

After a lengthy negotiation, the Israelis obtained permission to use the airport of Nikšić in Yugoslavia, nowadays in Montenegro.⁵⁶ The two operations during which the Spitfires were more or less successfully ferried to Israel were named after a suntan lotion advertised in newspapers in 1948 – Velveta.⁵⁷ And it was the beginning of the second wave (called Velveta II) that saw the events described at the beginning of this paper.

Arms shipments started to dwindle at the beginning of the new year – 1949. The “Hagana brigade” leaves Czechoslovakia in the spring of that same year.⁵⁸ Cooperation between the two states is beginning to deteriorate. Again – more than one factor is probably to blame. First and foremost – the main goal was accomplished: the State of Israel emerged from its baptism by the fire of war alive. Therefore, the demand changes – there is a more urgent need for proverbial ploughshares than swords.

The political situation changes distinctively: instead of the radical Communist Party of Israel, a favourite of Stalin and USSR, the general election to Knesset in January 1949 is won by the Labour party, led by David Ben Gurion.⁵⁹ The first government of the new state then accepts an investment loan of \$100 000 000 from the USA.⁶⁰ That definitely shifts Israel away from Stalin’s grace and a group of “people’s democracies”. The Eastern bloc will hereafter support countries of the Arab League.

An epilogue to the events of the summer of 1948 can be seen in the politically motivated show trials sweeping through the Eastern bloc in 1950’s, starting in Romania, moving through Bulgaria and Poland, reaching Czechoslovakia and culminating in the so-called “Slánský trial”. The rhetoric of these trials, officially “antizionist” is led by antisemitism and, as such, the engagement of those involved in Israeli operations in Czechoslovakia is counted as an aggravating circumstance for them. And so it happened that on the gallows of Pankrác penitentiary the secretary of for-

55 A. Yofe, 13–14; R. Gandt, 234–235; A. Cohen, 474.

56 A. Yofe, 13; D. Bercuson, 173–174; Bojan B. Dimitrijević, *Jugoslovensko ratno vazduhoplovstvo 1942–1992*, Institut za savremenu istoriju, Beograd 2006, 57; S. Aloni, B. Cull, D. Nicole, 234; *Ibid.*, 294; R. Gandt, 237–241.

57 see. A. Krammer, 103; B. Dimitrijević, 57–59; S. Aloni, B. Cull, D. Nicole, 243; R. Gandt, 237–241. About operation see also S. Aloni, B. Cull, D. Nicole, 292–295.

58 Bulínová et al., 189–190, No. 68; J. Dufek, K. Kaplan, V. Šlosar, 80; J. Dufek, K. Kaplan, V. Šlosar, 188.

59 A. Krammer, 141.

60 *Ibid.*, 140.

eign affairs Vladimír Clementis and the Secretary-General of the Central Bureau of Communist Party, a Jew, Rudolf Slánský, were hanged, among others.⁶¹ It is probable that none of them really played an active major role in the whole operation – but even though they did not move things along, they certainly allowed them to move.⁶² However, the Slánský trial is only a peak – many other actors of the events discussed here ended up either in jail or persecuted in some other way.⁶³

As it was demonstrated above, all the accusations of illegality by the communist persecution machine were – not surprisingly – false. Every contract, every action and every step was undertaken with vigorous effort to uphold legality on all levels imaginable. Of course, there is no doubt that hand in hand with that went the effort to raise as little suspicion as possible – but it seems that it was a secondary effort in comparison to the former.

The Czechoslovak-Israeli relationships grew colder and colder, until they were definitely severed in the tide of the Six-Day War in 1967. Their renewal starts in the 1990's, after a democratic revolution. In spite of that, it is not unusual to encounter a rifle hanging on a wall in an Israeli home that was sold under the signature "P-18" by Zbrojovka Brno in 1948. And among the most prized artefacts of the Hatzerim Air Force Museum is Ezer Weizmann's black Spitfire, ferried through Nikšić from Czechoslovakia. Its last flight was a ceremonial one – during the former president's funeral in 2005.⁶⁴

There is one more Spitfire in Hatzerim – it bears its original colours with the star of David, as it flew them from Yugoslavia. The pilot who was then in charge of delivering it to Israel was none other than Dani Shapira.

BIBLIOGRAPHY

PRIMARY SOURCES:

Act No. 131/1936 Coll., on the Defense of the State.

Archiv Bezpečnostních složek (Archive of Security Services)

A/RES/181(II), Future government of Palestine, 29.11.1947.

61 About the trial, see e. g. Karel Kaplan, *Zpráva o zavraždění generálního tajemníka*, Mladá fronta, Praha 1992.

62 See also A. Krammer, 68. et seq.; Y. Ro'i, 150. et seq.

63 See Kaplan; K. Bartošek.

64 Nadav Berger, Ofri Aharon, "Ezer Weizman's Black Spitfire Back in The Air", *Warbird Digest*, <http://warbirdsnews.com/warbirds-news/ezer-weitzmans-black-spitfire-air.html>, last visited on 2. 6. 2020.

Convention for the Control of the Trade in Arms and Ammunition from 1919, Supplement: Official Documents, *The American Journal of International Law*, 15/1921, 297–313.

“Důvěrné Izrael z MNO 1948–1953”, Archiv Vojenského historického ústavu (Archive of Military History Institute Prague)

Interview with Dani Shapira, Vojtěch Vrba (interviewer), Haifa, 25.3.2018.

Interview with MUDr. Michael Lavi roz. Lebovič (1913–2015.), Adam Hradilek (interviewer), Paměť národa (cit. 25.2.2019.), Ascalon, 7. 6. 2006, <<https://www.pametnaroda.cz/cs/lavi-roz-lebovic-michael-1913>>

Marie Bulínová et al. (eds.), *Československo a Izrael 1945–1956: dokumenty*, Ústav pro soudobé dějiny AV ČR, Praha 1993.

“Obchodní korespondence s Palestinou”, Moravský zemský archiv (Moravia Land Archive), Fond K433-supplement 2005, folder Zbrojovka Brno, s. p., 1946–1952, collection 37, inv. No. 93

S/RES/42 (1948) of March 5th, 1948.

S/RES/50 (1948) of May 29th, 1948.

S/RES/46 (1948) of April 17th, 1948.

The United Nations Charter, <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>, last visited on 4.8.2020.

Yad Vashem, The World Holocaust Remembrance Center, Archives, O.59, Collection of Testimonies and Documents about the Participation of Czechoslovakian Jewry in the War against Nazi-Germany, File No. 9, Božena Elisheva Hermann-Cohen, interview from 17.1.1973.

Yad Vashem, The World Holocaust Remembrance Center, Archives, O.59, Collection of Testimonies and Documents about the Participation of Czechoslovakian Jewry in the War against Nazi-Germany, File No. 71, Samson Šachta Schaechter, interview from 14.4.1973.

SECONDARY SOURCES:

Above and Beyond [movie], directed by Roberta Grossman, USA 2014.

קהילת, <<http://www.kfar-masaryk.org.il/mainsite.asp?sitenam=masaryk>>, last visited on 2.6.2020.

Základ novodobých česko-izraelských vztahů se zrodil před 90 lety. Postaral se o to TGM, <<https://ct24.ceskatelevize.cz/svet/2089059-zaklad-novodobych-cesko-izraelskych-vztahu-se-zrodil-pred-90-lety-postaral-se-o-tgm>>, last visited on 2.6.2020.

Schlomo Aloni, Brian Cull, David Nicole, *Spitfires Over Israel*, Grub Street, London 1994.

Ehud Avriel, *Open the gates!: A personal story of “illegal” immigration to Israel*, Atheneum, New York 1975.

- Ehud Avriel, „Prague and Jerusalem: the Era of Friendship”, Avigdor Dagan, Gertrude Hirschler, Lewis Weiner (eds.), *The Jews of Czechoslovakia: historical studies and surveys*, The Jewish Publication Society of America: Society for the History of Czechoslovak Jews, Philadelphia 1984.
- Karel Bartošek, *Český vězeň: svědectví politických vězeňkyň a vězňů let padesátých, šedesátých a sedmdesátých*, Paseka, Praha 2001.
- David Bercuson, *The Secret Army*, T. H. Best, Toronto 1983.
- Nadav Berger, Ofri Aharon, “Ezer Weizman’s Black Spitfire Back in The Air”, *Warbird Digest*, <http://warbirdsnews.com/warbirds-news/ezer-weitzmans-black-spitfire-air.html>, last visited on 2. 6. 2020.
- Avi Cohen, *The History of Israeli Air Force in The War for Independence 15 July 1948 – 15 October 1948* (hebrew), Ministry of Defence, Tel-Aviv 2004.
- Eliezer Cohen, *Israel’s Best Defense: The First Full Story of the Israeli Air Force*, Orion Books, New York 1990.
- Bojan B. Dimitrijević, *Jugoslovensko ratno vazduhoplovstvo 1942–1992*, Institut za savremenu istoriju, Beograd 2006.
- Jiří Dufek, Karel Kaplan, Vladimír Šlosar, *Československo a Izrael v letech 1947–1953*, Doplněk, Praha 1993.
- Robert Gandt, *Angels in the Sky*, W. W. Norton & Co. Ltd., New York 2017.
- Tomáš Garrigue Masaryk, *Nutnost revidovati proces polenský*, Praha 1899.
- Tomáš Habermann, *Československo a Izrael 1947–1949: Léta přátelství*, Master’s degree diploma theses, Charles’ University in Prague, Praha 2011.
- Frank Haggai, Zdeněk Klíma, Yossi Goldstein, “The First Israeli Weapons Procurement Behind the Iron Curtain: The Decisive Impact on the War of Independence”, *Israel Studies*, vol. 22, 3/2017, 125–152.
- Chaim Herzog, *Arabsko-izraelské války: válka a mír na Blízkém východě od války za nezávislost v roce 1948 po současnost*, NLN, Praha 2008.
- Amitzur Ilan, *The origin of the Arab-Israeli arms race: arms, embargo, military power and decision in the 1948 Palestine war*, New York University Press, New York 1996.
- Miroslav Irra, “*Spitfajr*”: *Supermarine Spitfire L.F. Mk. IXE v československém letectvu*, Jakab, Nevojice 2016.
- Miroslav Irra, *Výzbroj ČS. vojenského letectva 1945–1950*, Q Point, Praha 2018.
- Benjamin Kagan, *The Secret Battle for Israel*, American Book-Stratford Press, Cleveland – New York 1966.
- Vilém Kahan, “Vilém Kahan par lui même (extraits des entretiens de 1984)”, Vilém Kahan (ed.), *Bibliography of the Communist International (1919–1979)*, E.J. Brill, New York 1990, 55–67.
- Karel Kaplan, *Zpráva o zavraždění generálního tajemníka*, Mladá fronta, Praha 1992.

- Zdeněk Klíma, *Československý podíl na vzniku izraelského vojenského letectva a jeho operační činnosti v 1. izraelsko-arabské válce: proseminární práce*, Praha 1995.
- František Kořán et al., *Spitfire LFMk.IX in detail: Spitfires LFMk.IX from the Czech National Technical Museum's collection in Kbely Aviation Museum exhibition and of the IWM's collection in Duxford*, Wings and Wheels Publications, Praha 2002.
- Pavel Kosatík, *Jiný T. G. M.*, Paseka, Praha 2018.
- Arnold Krammer, *The forgotten friendship: Israel and the Soviet Bloc, 1947–53*, University of Illinois Press, Urbana 1974.
- Jiří Kovtun, *Tajuplná vražda: případ Leopolda Hilsnera*, Sefer, Praha 1994.
- Yaacov Markovitzky, *Machal: Overseas Volunteers in Israel's War of Independence*, Jerusalem 2003, [Internet Edition 2007] <http://www.palyam.org/Volunteers/MachalPdf.pdf>, last visited on 1. 6. 2020.
- Ivo Pejčoch, "Výcvik příslušníků brigády Hagana v Československu", *Historie a vojenství*, 60/2011, 4–21.
- Miroslav Potočný, Jan Ondřej, *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část*, C.H. Beck, Praha 2011.
- Jiří Rajlich, *Czechoslovak Spitfires in detail: the History of Czechoslovak Spitfires LFMk.IX from 1945 to present*, RAK, Praha 2002.
- Yaacov Ro'I, *Soviet decision making in practice: the USSR and Israel, 1947–1954*, Transaction Books, New Brunswick – New Jersey 1980.
- Vic Shayne, *Ups and Downs With No Regrets: The Story of George Lichter*, iUniverse, Bloomington 2012.
- Leonard Slater, *The pledge*, Pocket Books, New York 1971.
- Martin Wein, *History of the Jews in the Bohemian Lands*, E.J. Brill, New York 2015.
- Jeffrey Weiss, Craig Weiss, *I am My Brother's Keeper: American Volunteers in Israel's War of Independence 1947–1949*, Schiffer, Atglen 1998.
- Ezer Weizman, *On Eagle's Wings*, Weidenfeld & Nicolson, London 1976.
- Moshe Yegar, *Československo, sionismus, Izrael*, Victoria Publishing, Praha 1997.
- Alex Yofe, *Spitfire Mk. IX in the Israeli Air Force Service 1948–1956*, White Crow, San Jose 2007.

Мр Војтех ВРБА*

ДРЖАВИ ИЗРАЕЛ, ОД ЧЕХОСЛОВАЧКЕ:
УВОД У ПРАВНЕ АСПЕКТЕ ЧЕХОСЛОВАЧКЕ
ПОМОЋИ ДРЖАВИ ИЗРАЕЛ ОД 1947–1949.

Сажетак

Рад уводи читаоца у основне правне аспекте чехословачке помоћи Држави Израел у интервалу између 1947–1949. Чехословачка у овом периоду извози оружје, муницију, ловачке авионе и остали ратни материјал јеврејској заједници на Блиском истоку. Постојао је и значајан број волонтера који је у Чехословачкој прошао кроз разноврсне обуке. Курсеви су подразумевали обучавање пилота, механичара за одржавање ваздухоплова, падобранаца, итд. Све ове операције су имале своје правне особине и аспекте. Рад те аспекте анализира уопштено. Као извори коришћени су правни акти и архивска документа, интервјуи, секундарни извори и литература – мемоарска, тако и историографска.

Кључне речи: *Чехословачка. – Израел. – Правна историја. – Рат за независност у Израелу.*

Рад приспео / Paper received: 7.6.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 10.8.2020.

* Докторанд Правног факултета Западночешког универзитета у Пилсену, vrbav@kpo.zcu.cz.

Рад је написан у оквиру пројекта “ZČU SGS-2020-025 Law in the Course of Time 3”, на Катедри за правну историју Правног факултета Западночешког универзитета у Пилсену.

ПОБЕДНИЧКИ РАД СА КОНКУРСА ФОНДАЦИЈЕ
АЛАН ВОТСОН ЗА 2019/20

UDC 322.2(497.11)

CERIF: S112, S114, H165, H250, H300

DOI: 10.51204/HLH_20112A

Ђорђе СТЕПИЋ*

МЕТОДИ ПОПУЊАВАЊА ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ:
ОДНОС ДРЖАВЕ И ЦРКВЕ У ЗАКОНУ О ЦРКВАМА
И ВЕРСКИМ ЗАЈЕДНИЦАМА

Питање односа државе и цркве у европском праву представља вечити актуелност, још од времена када по први пут ова два најважнија облика људској удруживања почињу да преицендују на уређење истих сфера друштвеног деловања. Суштина тих односа јесте једно од централних питања forum externum-а црквеног права, те је као такво предмет многобројних теоријских полемика. Након вишедеценијске суштинске правне празнине, тек пре двадесетак година поново у први план избија потреба да државно-црквено право буде уређено једном свеобухватном кодификацијом. Као резултат тих најгора настојања српски Закон о црквама и верским заједницама из 2006. године. Приликом израде овог законског текста изражен је најцелисходнији начин попуњавања поменутих правних празнина: да ли посећујући за попуњавање оригиналним решењима, која са собом носе ризик свакој новој правној институцији; узети правну трансилацију из сродних правних система; или се пак окренути прекинутом развоју ове праве у Краљевини СХС/Краљевини Југославији, с почетка XX века. Овај рад има за циљ да покаже да је законотисац пристиупио синтези ових метода, да оцени нормативну валансност закона, те да пружи увид у перспективе развоја државно-црквеног законодавства у Србији.

Кључне речи: Државно-црквени односи. – ЗЦВЗ. – Кооперативна одвојеност. – Правни трансилацији.

* Аутор је студент треће године основних академских студија Правног факултета Универзитета у Београду, stepic.dj@gmail.com

1. УВОД

Однос државе и цркве, на начин уређен у Уставу Србије (УС) у члану 11,¹ заснован је на моделу одвојености државе од цркве. Проблематика овог решења огледа се у две чињенице. Прво, наш устав, за разлику од својих пандана у упоредном праву, рецимо устава Шпаније и Албаније,² не уређује садржину тих односа, већ само у грубим цртама, њихову формалну страну. Норме УС, у том смислу, јесу само путоказ законима за уређење овог комплексног питања, пошто поједине потенцијалне одговоре на њега искључују (рецимо систем државне цркве, у чл. 11. ст. 3), истовремено се не изјашњавајући прецизно о природи решења. Друго, сам модел одвојености је релативна категорија: у свом строгом облику, јавља се као „лаицитет по француском“, а у блажем као немачка кооперативна одвојеност,³ где се цркве посматрају као субјекти јавног права, са низом овлашћења која проистичу из тог статуса. Пример за потоњи случај било би скупљање црквеног пореза, право које је ушло у чувени Вајмарски устав и важи и дан-данас, услед норми немачког Основног закона (*Grundgesetz* – GG)⁴. Премда поједини аутори разлике међу овим системима поимају као номиналне, пре него суштинске, те релативизују чак и њихово типизовање,⁵ треба имати у виду да је ово питање од самог доношења УС из 2006, пар месеци након ступања на снагу Закона о црквама и верским заједницама⁶ (ЗЦВЗ; Закон) покренуло жучну дискусију, која је свој

- 1 Јасна Роксић (ур.), *Устави Републике Србије и актуелна правна пракса*, Пословни биро Д.О.О, 2007, 178.
- 2 Владан Петров, Владимир Микић, „Начело лаицитета у савременој уставности“, Јован Ђирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић (ур.), *Религија – ђолиџика – ђраво*, Институт за упоредно право / Православна митрополија Црногорско-приморска – ИИУ „Светигора“ / Центар за пручавање религије и верску толеранцију, Београд – Будва 2015, 638, фн. 55.
- 3 О секуларности у Немачкој вид. Stefan Koriath, Ino Augsburg, Religion and the Secular State in Germany, *German Law Review*, 8/2007, 320–330, <https://www.iclrs.org/content/blurb/files/Germany.pdf>, приступљено 1. маја 2020.
- 4 Вид. Basic Law for the Federal Republic of Germany, the Federal Law Gazette Part III, classification number 100–1, as last amended by Article 1 of the Act of 28 March 2019 (Federal Law Gazette I, 404), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0873, приступљено 1. маја 2020.
- 5 Дарко Симовић, „Европски уставни модели односа државе и цркве“, Ј. Ђирић, В. Џомић, М. Јевтић (ур.), *Религија – ђолиџика – ђраво*, 721–739.
- 6 Закон о црквама и верским заједницама, *Службени ђласник РС*, бр. 36/06 <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/skupstina/zakon/2006/36/1/reg>, приступљено 1. маја 2020.

практичан, али не и теоретски епилог⁷ добила неколико година доцније пред Уставним судом Србије,⁸ када је Закон у целости оцењен као уставан. Дакле, у Србији је усвојен модел кооперативне одвојености државе и цркве, који не подразумева строго одвајање у свим сферама световног и духовног, већ њихову сарадњу, у случајевима допуштеним законом.

Међутим, уређење основних верских права и слобода, као дела корпуса грађанских права, и њихово ефективно остваривање, као и уређење других односа који проистичу из легалног деловања цркава и верских заједница, захтевали су посебан напор, узевши у обзир уставну и законску праксу у претходних пола века („декларација пре реализације“),⁹ као и чињеницу да се цела ова материја налазила у готово потпуној правној празнини више од једне деценије, све до 2006. године. У том светлу, нарочит значај има одабрани метод пресађивања, одређен за овај задатак.

Правна трансплантација представља упоредноправни метод систематизован у правној теорији у XX веку, а свој назив добио је у делу Алана Вотсона (*Alan Watson*): „Правни транспланти – Приступ упоредном праву“ из 1973. Она представља „пресађивање“ правних решења или, неретко, целих норми из једног правног поретка у други, уз њихово делимично мењање, које може бити минорно (попут разлике у лингвистичкој формулацији) или знатније (до тачке где пресађена норма добија потпуно нови смисао). Реалистички посматрано, Вотсон закључује да је стварање норми најчешће поверено правничким елитама, које немају знатнији интерес да „њихови“ закони садрже ма какву друштвену поруку, нити да емулирају *Volksgeist*¹⁰, како га формулише Савињи (*Savigny*), већ који желе да нађу ефика-

7 За супротан став, вид. Танасије Маринковић, „Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, 1/2011, 367–385.

8 За ток поступка и главна правна питања, вид. Отворена питања поступка оцене уставности Закона о црквама и верским заједницама, Александар Раковић, Владимир Ђурић (ур.) *Право, вера, култура*, Православни богословски факултет Универзитета у Београду / Правни факултет Универзитета у Београду / Министарство вера и дијаспоре, Београд 2012, 99–187.

9 Рецимо, у чл. 25. Устава ФНРЈ из 1946. године налазе се гаранције верских права и слобода, као и могућност материјалног помагања верских заједница од стране државе. Ипак, то су биле само прокламације, имајући у виду потоње законодавство. Вид. Димшо Перић, *Црквено право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за публикације / Досије, Београд 1999, 220–228.

10 Закони који се заснивају на правној трансплантацији би пре били одраз духа времена (*zeitgeist*-a).

сно и брзо решење за правни проблем (најчешће празнину) стављен пред њих.¹¹ Вероватноћа примене овог метода се заснива на:

- Приступачности правног поретка даваоца записницима поретка примаоца.¹²
- Ауторитету који систем давалац ужива међу правничком елитом система примаоца, коју Вотсон разуме кроз „човекову потребу да има своје, што је могуће више ауторитативне законе, да би обезбедио њихово поштовање“.¹³
- Укорееености конкретного правног решења у систему даваоцу, што се може тумачити као унутрашњи ауторитет који одређена норма има у свом матичном правном систему.
- „Друштвеној лакоћи трансплантације“: низу ванправних и правних фактора који утичу на то да један правни систем буде нарочито погодан да буде пријемник, односно давалац одређеног правног правила. На пример, чињеница да се један правни систем налази у фази темељитих реформи или има значајан број правних празнина из других разлога, чини га подобним за пријем транспланта.¹⁴

Посебан значај овај метод добија у односу на пресађивање норми међународног права у поједине (националне) правне системе. Наиме, и поред ратификације међународноправних аката, лако се могу наћи њихове одредбе, често начелног или дефинишућег карактера, које су директно уведене у државно законодавство кроз поједине законе. Трансплантација из тих аката, као и из закона других правних поредака, среће се и у српском ЗЦВЗ.

2. ПРАВНА ТРАНСПЛАНТАЦИЈА У ЗЦВЗ: ОСНОВНЕ ОДРЕДБЕ И МЕЂУНАРОДНЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Имајући у виду претходна разматрања о правној трансплантацији, требало би, на првом месту, упоредити основне одредбе За-

11 Алан Вотсон, *Правни трансплантације – Приступити ујоредном праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 53–55 и 174.

12 „Инострани систем права, приступачан је превасходно: (а) када постоји у писаном облику; (б) када постоји у форми коју је релативно лако открити и разумети (што укључује и језик којим је написан); (в) када је одмах доступан.“ *Ibid.*, 167.

13 *Ibid.*, 97; ово питање аутор сматра толико значајним да му се враћа чак два пута након иницијалне обраде.

14 Ови фактори не представљају затворен круг, већ само индикативну листу оних чинилаца који, било засебно било кумулативно, чине „правни терен“ погодним за пресађивање. Они су систематизовани за потребе овог рада из *Ibid.*, 137–152.

кона, нарочито чл. 1. и 3, са њиховим „нормативним оквиром“,¹⁵ тј. Конвенцијом Савета Европе о људским правима (ЕКЉП; Конвенција) из 1950. Увидом у члан 9. Конвенције, примећује се мало одударање између његовог првог става и члана 1. ЗЦВЗ. Њен чл. 9 став 1. гласи:

„Свако има право на слободу мисли, савести и вероисповести; ово право укључује слободу промене вере или уверења и слободу сваког да, било сам или заједно с другима, јавно или приватно, испољава веру или уверење молитвом, подучавањем, обичајима и обредом.“¹⁶

Са друге стране, њој у Закону одговара чл. 1:

„Свакоме се, у складу са Уставом, јемчи право на слободу савести и вероисповести.

Слобода вероисповести обухвата: слободу да се има или нема, задржи (истакао аутор) или промени вероисповест или верско уверење, односно слободу веровања, слободу исповедања вере у Бога (истакао аутор); слободу да се појединачно или у заједници са другима, јавно или приватно, испољава веровање или верско уверење учествовањем у богослужењу и обављањем верских обреда, верском поуком и наставом, неговањем и развијањем верске традиције; слободу да се развија и унапређује верска просвета и култура.“

У претходним параграфима, италиком су означени делови из оба ова правна акта који показују не само завидан степен сличности: већина њихових неподударности се може приписати различитом језичком (јуридичко-књижевном) стилу, што долази до изражаја и приликом поређења њихових верзија на енглеском језику¹⁷.

Све наведено има за циљ да покаже да је, у случају ЗЦВЗ, ЕКЉП не само међународноправни оквир за прописивање верских права, већ и норма давалац у овој трансплантацији.

Овде треба обратити пажњу на прилагођавања норме правном поретку примаоца, што је подебљано у одредби чл 1. ЗЦВЗ. Поред држања трансплантиране норме, законописац нормира и заштиту лица која не поседују верска уверења, као и задржавање властите ве-

15 Драгутин Аврамовић, „Верско тржиште без правног оквира“, Ј. Ђирић, В. Џомић, М. Јевтић (ур.), *Религија – њојиника – њраво*, 23–37.

16 Сadržaj ЕКЉП на српском језику доступан је на: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf, приступљено 1. маја 2020.

17 European Convention on Human Rights: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf приступљено 1. маја 2020; Сима Аврамовић, *Прилози насјан-ку државно-црквеној њрава у Србији*, Правни факултет Универзитета у Београду / Православни богословски факултет Униерзитета у Београду / Јавно предузеће „Службени гласник“, Београд 2007, 231.

роисповести, односно актуелног верског уверења.¹⁸ И у случају ове нормe, међутим, сви су изгледи да се ради о правном транспланту, овог пута из Америчке конвенције о људским правима из 1969. (чл. 12. ст. 1.)¹⁹

Следећи пример трансплантације, поново из ЕКЉП,²⁰ представља пресађивање уз минималну интервенцију. Док се у случају чл. 1. ЗЦВЗ могло говорити о одређеној дози инвентивности законодавца, одредба чл. 3. ст. 1. Закона, суштински представља превод чл. 9. ст. 2. Конвенције.²¹ То се лако уочава упоредном анализом текстова, прво Конвенције, затим Закона:

„Слобода исповедања вере или убеђења сме бити подвргнута само законом прописаним ограничењима неопходним у демократском друштву у интересу јавне безбедности, ради заштите јавног реда, здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.“

„Слобода вероисповести или верског уверења може бити подвргнута само оним ограничењима која су прописана Уставом, законом и ратификованим међународним документима, а неопходна су у демократском друштву ради заштите јавне безбедности, јавног реда, морала и заштите слободе и права других.“

Сличност између ове две одредбе је толика да би се мање пажљивом читаоцу могло опростити и ако би помислио да је управо два

18 *Ratio* ове нормe би се могао тражити у чињеници да се, у случају вероисповести којима припада већи део становништва Србије, формални улазак у верску заједницу дешава у најранијем детињству. Стога, када човек буде у могућности да изгради критички однос са религијом у којој је одгајан, он може одлучити да своја дотадашња верска убеђења како задржи, тако и да промени.

19 „Everyone has the right to freedom of conscience and of religion. This right includes freedom to **maintain** (истакао аутор) or to change one's religion or beliefs, and freedom to profess or disseminate one's religion or beliefs, either individually or together with others, in public or in private.“ Inter-American Commission on Human Rights, the American Convention on Human Rights www.cidh.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm, приступљено 1. маја 2020. Нешто другачија формулација се може наћи и у чл 18. Међународног пакта о грађанским и политичким правима. General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, приступљено 1. маја 2020.

20 Ове трансплантиране одредбе се, у готово истом облику, сусрећу и у чл. 1 Декларације УН о елиминацији свих облика нетолеранције и дискриминације, заснованих на религији и веровањима. За текст Декларације, вид. Радован Биговић (ур.), *Људска љрава у хришћанској традицији*, Службени гласник – Хришћански културни центар, Београд 2009.

21 У упоредној пракси, истиче Д. Аврамовић, већина законодавстава, по питању дозвољених ограничења слободе вероисповести „.....скоро дословце преписује одредбу... ЕКЉП“ Д. Аврамовић, 31.

пута прочитао исти параграф. Ова кратка анализа уствари показује да се иза усклађивања правног поретка са ратификованим међународним уговорима и прихваћеним начелима међународног права, те њиховим увршћивањем у УС и законе, не крије ништа друго него правна трансплантација као веома чест начин уређења материје људских права.

3. ПРЕСАЂИВАЊЕ ИЗ СРОДНИХ СИСТЕМА: РЕГИСТРАЦИЈА У ЗЦВЗ И ХРВАТСКОМ ПРАВУ

Поред поменутог пресађивања из норми међународног права, правни системи нису имуни ни на примање и давање појединих законодавних решења. Главни индикатори за трансплантацију, у теми овог поглавља, били би: а) њена „друштвена лакоћа“, конкретније: сличност правних „прилика“ у два система тј. сличан историјски развој, и поједине ванправне околности које су утицале на то да један систем своје норме добије раније; б) приступачност иностраног правног система (његов писани облик, међусобно разумевање језика и тренутна доступност). У овом случају, ова два чињенична склопа, односе превагу над осталим факторима, попут неукорењености у матичном поретку даваоца или непотврђеног ауторитета датог решења.

Хрватски Закон о правном положају вјерских заједница (ХЗ)²² из 2002, донет је у време неуспешног покушаја доношења Савезног Закона о верској слободи СРЈ (ЗВС) исте године,²³базирајући се на сличним међународним узорима. Додатни рок који су чланови тима за писање закона нехотице добили, резултирао је могућношћу за упоредну анализу овог, као и других у међувремену донетих прописа о односима државе и цркве, те прописа који су истовремено писани и припремани за усвајање (нпр. Закон о верској слободи Словеније²⁴). Наравно, тешко је утврдити која су решења из страних законодавстава нашла „плодно тле“ у нашем Закону. Неумесно је говорити и о томе да је трансплантовање ишло само у једном правцу, не обазирјући се на постојање повратне спреге међу законима земаља сродних

22 Закон о правном положају вјерских заједница, *Službeni list Republike Hrvatske* br. 83/02, 73/13 <https://www.zakon.hr/z/284/Zakon-o-pravnom-polo%C5%BEaju-vjerskih-zajednica>, приступљено 1. маја 2020.

23 Више о Пројекту ЗВС вид. С. Аврамовић, 14–16, као и Богољуб Шијаковић, *Огледање у контексту – О знању и вјери, уредбању и идентитету, цркви и држави*, Службени гласник, Београд, 2011, 396–398.

24 Закон о verski svobodi, *Uradni list RS*, št. 14/07, 46/10 – odl. US, 40/12 – ZUJF in 100/13

правних система, израђиваних у сличном временском оквиру. Узевши све то у обзир, требало би изложити сличности и разлике између ЗЦВЗ и ХЗ, показати трансплантациони однос, те окарактерисати његову природу.

Садржина пријаве за упис у оба закона регулисана је на готово идентичан начин (чл. 18. Закона/ чл. 20. и 21. ХЗ). Основни подаци који се наводе у пријави за постојећу верску заједницу (ону којој се признаје правни континуитет) јесу њен назив, адреса седишта и генералије овлашћеног заступника.²⁵ За заснивање нове, оба закона захтевају прилагање различитих аката,²⁶ како би се утврдили минимални број верника и основне карактеристике верозакона, његово учење, обреди и активности. ХЗ, уз све поменуто, као додатни услов захтева доказ о претходном упису у „регистар удруга“ (најмање 5 година) и сагласност седишта верске заједнице, ако се оно налази у иностранству, а ЗЦВЗ податке о сталним изворима прихода и општи акт о интерној организацији верске заједнице.

Имајући све то у виду, може се закључити да су услови за регистрацију у српском праву мање строги него у суседној Хрватској. Прво, потребан је мањи број верника за оснивање заједнице (1‰ пунолетних држављана, наспрам њих 500 у ХЗ). Претходно постојање заједнице као регистрованог удружења не тражи се, као ни сагласност страног седишта верске заједнице.

Додатни услови постављени само у ЗЦВЗ, служе двојакој сврси. Они олакшавају оцену усклађености деловања организације са темељним начелима УС и јавног поретка приликом решавања захтева за упис, и могу бити од значаја за одређивање модалитета сарадње државе са црквама и верским заједницама. Стога, они не представљају само ванредно отежавање регистрације, већ стварну олакшицу и државним органима и самој заједници (у настајању или постојећој), при анализирању њеног рада.

У размотреном случају, за разлику од пресађивања из међународног права, примећује се већа слобода законописца, како техничка, тако и суштинска. Он се не држи лексичке норме даваоца, већ се опредељује за конкретније термине. Даље, изоставља поједине одредбе и прописује различите услове за упис. Све ово резултује „преузимањем по сопственом кроју“ – решењима која су прилагођенија ма-

25 ХЗ томе додаје и печат и штамбиљ (чл. 20. тач. 4 ХЗ)

26 ЗЦВЗ користи конкретне термине у означавању потребних докумената за упис у Регистар (одлука о оснивању, статут (или други документ) и приказ), док ХЗ употребљава општи појам „акт“.

тичном правном поретку, а мање везана за систем из кога су потекла и у коме настављају да независно егзистирају и развијају се.

4. ПРАВНИ КОНТИНУИТЕТ СА ПРЕДРАТНИМ ПРАВОМ (ЧЛ. 28.)

„Преднацрт Закона је рађен на широкој подлози – узети су у обзир ранији српски закони и основне поставке правног поретка из ове области пре Другог светског рата, европско законодавство, али и нови закони које су у међувремену донеле државе у транзицији“;²⁷ истиче један од писаца ЗЦВЗ-а. ЕКЉП као део европског законодавства, као и један од могућих „транзицијских“ узора из нама блиског окружења, анализирани су у претходном делу рада. На пољу норми на које се законописац угледао при стварању домаће кодификације, требало би се још осврнути и на норме законодавства КСХС/КЈ.

Разматрајући основна начела уређивања правног положаја верских организација до 1930-их година, уочава се да су идентична са каснијом упоредном уставном праксом. Од Видовданског устава (ВУ)²⁸ срећу се и слобода вере и савести,²⁹ равноправност вероисповести, као њен јавноправни карактер (чл. 12.). Ипак, најзначајнији допринос овог устава јесте одустајање од претходно усвојеног система државне цркве.³⁰ Овакав развој био је условљен правнополитичким околностима формирања државе у којој је православна вера била доминантна, али не и апсолутно преовлађујућа (око 46%),³¹ те у којој је било нужно уредити не само однос између државе и цркве, већ и интерконфесионалне односе, по могућству једном свеобухватном кодификацијом. Како је више покушаја доношења таквог закона

27 С. Аврамовић, 16.

28 Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 28. јуна 1921. године, *Службене новине Краљевине Срба, Хрватиа и Словенаца*, година III, бр. 142/21, http://projuris.org/RETR/OLEX/Ustav%20kraljevine%20SHS_Vidovdanski%20ustav%20%281921%29.pdf, приступљено 1. маја 2020.

29 Поповић иде и даље, тврдећи да „црква истиче, проповеда и штити *начело слободe савести*“, али се ово начело ни у колико не коси са захтевима и циљем Цркве.“ Атанасије М. Поповић, *Црква у областии љрава*, Штампарија „Свети Сава“, Београд 1895.

30 Такав систем се сретао у уставима Србије од 1869, 1888, 1901 и 1903. године, чак у битно сличној формулацији. Вид. Велибор Џомић, „Религија у уставности и законодавству Кнежевине и Краљевине Србије“, Ј. Ћирић, В. Џомић, М. Јевтић (ур.), *Религија – љолићика – љраво*, 923–946.

31 Подаци према попису КСХС из 1921, <http://publikacije.stat.gov.rs/G1921/Pdf/G19214001.pdf>, приступљено 1. маја 2020.

завршено неуспехом,³² коришћен је фрагментарни приступ: однос државе са сваком вероисповешћу уређен је посебним актом.³³

Међутим, одредба чија анализа захтева посебну пажњу јесте она из чл. 12. ст. 6 ВУ, која се тиче финансирања појединих вероисповести, који гласи:

„У колико су у државном буџету предвиђени за верозаконе сврхе издаци, имају се делити међу поједине усвојене и признате вероисповести **сразмерно броју њихових верних и стварно доказаној потреби.**“ (истакао аутор).

Одредба ЗЦВЗ која уређује материјалну помоћ црквама и верским заједницама (материјалноправни пандан претходно наведеној), налази се у члану 28:

„Држава сарађује са црквама и верским заједницама ради унапређивања верске слободе и остваривања општег добра и заједничког интереса.

Ради унапређивања верске слободе и сарадње са црквама и верским заједницама, у обостраном интересу, држава може (истакао аутор) **да материјално помаже цркве и верске заједнице.**“

Две су главне сличности између ових норми. На првом месту, новчано помагање црквама и верским заједницама („вероисповестима“) постављено је као потенцијално – прописана је могућност, не и дужност државе да учествује у њиховом финансирању. Друго, помоћ се може делити само међу законом признатим верама, што је у ВУ и изричито нормирано, а тумачењем се изводи и из Закона.

Основна разлика јесте питање критеријума и разлога због којег се средства додељују. У првом случају, реч је о комбинацији између конкретног мерила и правног стандарда: удела верника у укупној популацији с једне, те стварно доказане потребе са друге стране. Она је давала занимљиве резултате у пракси: мухамеданска и јеврејска заједница су, по декларисаном вернику, добијале 1,5 пута више средстава него православна. Потенцијално објашњење за ово би се, додуше, могло наћи у другој компоненти овог критеријума. „Стварно доказана потреба“ се није схватала *stricto sensu*; она је тумачена узимајући у обзир и самосталне изворе финансирања појединих вероисповести. Тако, примера ради, вероисповест

32 Најпознатији од њих је Пројекат Закона о верама и међуверским односима из 1925. године.

33 За систематизацију тих аката и посебан осврт на Закон о СПЦ из 1929. године, вид. Сергије В. Троицки, *Црквено право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2011, 185–199.

за знатнијом имовином би била компаративно мање потпомогнута него она са мањом.³⁴

У другом, савремени законописац као разлог за материјалну помоћ наводи „унапређење верске слободе и сарадње са црквама и верским заједницама, у обостраном интересу“. На први поглед, овај стандард је далеко апстрактнији и тежи за омеђити у односу на претходно размотрени. Ипак, он садржи један битан, рестриктиван услов: узајамност (усклађеност) интереса између државе и цркве којој се помоћ може доделити. Одредба ВУ не поставља такво садржинско ограничење. Наиме, законодавној власти је остављено дискреционо овлашћење за додељивање помоћи, док „стварно доказана потреба“ не мора бити у хармонији са неким надређеним разлогом, као што је унапређење верске слободе.

Законописац према одредбама предратног права има посебан однос. Са једне стране, он поштује домете властите правне традиције и настоји да одржи досегнути висок ниво заштите верских права, постигнут у Уставу из 1921. и из 1931. Са друге стране, он та уставна правила новелира, прилагођавајући их актуелним стандардима, као што је случај са нормом из чл. 12. ВУ, у чл. 28. ЗЦВЗ. Таква интервенција показује животност правног поретка КЈ, који, уз све своје мањкавости, успева да буде значајна основа садашњем (и будућем) законописцу. Спајање традиционалног уређења појединих питања (попут материјалне помоћи црквама) и нових концепција, ствара нов правни институт, подобан да издржи и теоријско рашчлањивање и критику, као и, у уводном делу поменуто, оцену уставности.

Суштински разлог применљивости овакве одредбе у материји државно-црквених односа, везан је, дакле, за чињеницу да „положај цркве у држави није ништа друго до производ историјског живота дотичнога народа и државе, те због тога основу за правилно гледиште на односе између цркве и државе треба тражити (ако не искључиво, а оно поглавито) у историји.“³⁵

5. ЗАКОНОДАВНА ИНВЕНЦИЈА (ЧЛ. 27. СТ. 2.)

Поред „широке подлоге“ у писању овог закона, пажљивим разматрањем његове садржине увиђа се и одређени број оригиналних одредаба, које су продукт управо посебних метаправних околности и друштвених потреба. Супротно пресађивању, оригинални законодавни захват мора одговорити како народном, тако и духу времена

34 *Ibid.*, 184–185.

35 Чедомиљ Митровић, *Црквено право*, Привредник, Београд 1929, 176.

у ком настаје, укључујући и резидууме претходних законских стања, не само у тој грани права, већ неретко и у целом правном поретку.

Управо разрешење затченог јесте мотив у прописивању одредбе из чл. 27 ст. 2 ЗЦВЗ. Наиме, имовно стање црква и верских заједница било је у послератној Југославији тешко погођено прописима о национализацији и претварању приватне у друштвену својину.³⁶ Оне су њиховом применом претрпеле вишеструко умањење својих средстава,³⁷ што се одразило и на смањење могућности за обављање њихових редовних активности. Како би се могло успоставити фактичко уживање верских слобода, морало се претходно разрешити питање одузете имовине.

Српски законодавац се определио за решавање овог проблема партикуларном кодификацијом, Законом о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама из 2006,³⁸ што је техника за коју се, од држава у постсоцијалистичкој трансформацији, определила једино још Румунија, законом из 2002.³⁹ Међутим, у време писања ЗЦВЗ, није било извесно када ће се учинити какав легислативни захват у том правцу. Стога је било нужно макар провизорно оставити претходним титуларима могућност коришћења одузете имовине, што је учињено у члану Закона насловљеном „Заштита имовине“.

На тај начин се материјални положај црква ојачава и стварају се предуслови за њихово успешно деловање, пошто финансијска обезбеђеност омогућава већу самосталност од државне помоћи (чак до искључења потребе за њом), а у исто време бољи положај по питању њене сарадње са државом „у остваривању општег добра и заједничког интереса“. Због тога ова одредба може да представља тачку

36 Ово се пре свега односи на Закон о аграрној реформи и колонизацији, *Службени лист ДФЈ*, бр. 64/45, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 16/46, 24/46, 99/46, 101/47, 105/48, 4/51, 19/51, 42 и 43/51, 21/56, http://demo.paragraf.rs/demo/combined/Old/t/t2004_03/t03_0125.htm, приступљено 1. маја 2020. и на Закон о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 52/58, 3/59 – испр., 24/59, 24/61, 1/63, и *Службени лист СФРЈ*, бр. 30/67, http://demo.paragraf.rs/demo/combined/Old/t/t2002_10/t10_0017.htm, приступљено 1. маја 2020.

37 Примера ради, СПЦ је остала са 30 пута мање расположивих средстава након законских реформи, вид. С. Аврамовић, 20, фн. 36.

38 За цео текст закона вид. Закон о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама, *Службени листник* бр. 46/2006, [http://www.restitucija.gov.rs/doc/zakoni/Zakon%20o%20vracanju%20\(Restituciji\)%20imovine%20crkvama%20i%20verskim%20zajednicama%20\(2006\)_2.pdf](http://www.restitucija.gov.rs/doc/zakoni/Zakon%20o%20vracanju%20(Restituciji)%20imovine%20crkvama%20i%20verskim%20zajednicama%20(2006)_2.pdf), приступљено 1. маја 2020.

39 За више о проблематици реституције црквене имовине у Румунији, вид. Emőd Veress, Post-Communist Restitution of the Nationalized Reformed and Roman Catholic Church Property in Romania, *Acta Univ. Sapientiae, Legal Studies*, 7, 1/2018, 109–121 <http://www.acta.sapientia.ro/acta-legal/C7-1/legal71-07.pdf>, приступљено 1. маја 2020.

слагања свих теоретичара који заступају систем одвајања цркве од државе, без обзира на његов потоњи квалификатив (да ли је пријатељска тј. кооперативна неосимфонија или ипак строга/лаичка апсолутна одвојеност).⁴⁰

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА: УСПЕШНОСТ СИНТЕТИЗМА У ЗЦВЗ И ЊЕГОВО ПРОШИРИВАЊЕ

Проматрање појединих одредаба ЗЦВЗ и њиховог „правног порекла“ показало је разноврсност утицаја на њихову формулацију и садржину. Наравно, његове обрађене одредбе и приказан однос са другим нормама нису искључив случај. Оне су само узете као примери за општа правила трансплантације различитих квалитета, угледања на предратна правна правила, као и на креирање, условно речено, оригиналних одредби. Многобројни други примери, из којих су се могли увидети исти принципи попуњавања правних празнина, могу се наћи широм овог Закона.

Све ово служи као доказ синтезног приступа при изради ове кодификације, као последице тежњи законописца за стварањем једног општег, кровног правног акта. Он би садржао темељна начела државно-црквених односа, формалне и материјалне услове регистрације цркава и верских заједница, те разматрао посебна питања, где би се то показало као нужно (као по питању коришћења нереституисане имовине). И док се у општим одредбама очигледно види не само утицај, већ и најчистији облик трансплантирања из међународног права, већ процес регистрације показује веће одступање од такве тенденције и „украјање“ пресађеног по сопственој мери. Уређење имовинских питања и посредно квалификовање Уставом прокламоване „световности“ врши се махом изворно или позивањем на ранија правна правила.

Упркос овој разнородности, Закон представља технички солидну кодификацију, налик на своје европске узоре. Различити методи примењени у његовом састављању не уносе несклад између одредби – као систем норми он функционише без сувишности и контрадикција. Премда се може расправљати о подесности средстава која закон користи ради остварења својих циљева. То је питање о коме би било прикладније расправљати *de lege ferenda*.

40 За сличну аргументацију вид. Евгеније В. Спекторски, *Држава и њен животи*, Српска књижевна задруга, Београд 1933, 192; Коста Ђурић, *Црква и држава поводом њиховог одвајања цркве и државе*, Београд 1923.

Када је утврђено шта је све узето у обзир у креирању овог номо-техничког споја, ваља размотрити његову одрживост. Она се најбоље може ценити имајући у виду однос према изменама и допунама закона у нашем праву, који је прилично релаксиран. Тако, чињеница да један закон важи без интервенција у свом тексту 13 година након доношења сведочи о његовом квалитету.

Даље, сами субјекти којих се овај закон највише тиче, цркве и верске заједнице (пре свих традиционалне), активно су доприносили изради самог текста.⁴¹ То је имало за последицу да се та решења не доживљавају као непријатељска и наметнута (попут оних из закона из 1953. и 1977. године), већ као коначно успостављање одговарајућег правног оквира за њихово деловање и развијање верских права и слобода.⁴²

Најпосле, Закон је одолео и једном озбиљном удару: поступку пред Уставним судом Србије у коме је тражено оглашавање неуставним, како целог закона, тако и посебних његових одредаба. Спорна је била велика већина усвојених концепата: кооперативна одвојеност, верска настава у школама, „дискриминаторност“ поступка регистрације, социјална давања за свештенике, богослужења у јавним установама...⁴³ Они су, ипак, пред Уставним судом успешно одбрањени, тако да ЗЦВЗ наставља да важи у истом облику и данас, као неопходна кодификација државно-црквеног права. Из овога се да закључити да је, иако није био универзално прихваћен у теорији, Закон ипак прошао кроз јуридикчку Сцилу и Харибду, и то нетакнут.⁴⁴

Синтетизмом метода попуњавања правних празнина у Закону остварени су знатни резултати. Међутим, такав синтетизам се, нарочито *de lege ferenda*, може сматрати крњим. Наиме, говорећи и пишући о стању државно-црквеног права у моменту приступања изради кодификације, део наше правничке елите наглашава да је затечена готово *tabula rasa*.⁴⁵ Прецизније: о томе да се ова грана права раз-

41 Sima Avramović, Three Important Themes in Legal Regulation of the State-Church Relationship, in Bogoljub Šijaković (ed.), *Legal position of Churches and Religious Communities in Montenegro Today*, Bonafides, Nikšić, 2009, 50.

42 Постоје и супротни примери у нашој законодавној пракси: традиционалне цркве и верске заједнице су негативно реаговале на најављене измене идопуне Закона о враћању (реституцији) црквене имовине из 2011, око којих нису консултоване: http://spc.rs/sr/obaveshtenje_tradicionalnih_crkava_verskih_zajednica_u_srbiji_sa_konferencije_zn_novinare_u, приступљено 1. маја 2020.

43 *Право, вера, култура*, 109–187.

44 На међународном плану, то се огледа и у чињеници да Србија није изгубила ни један случај пред Европским судом за људска права због кршења чл. 9. ЕКЉП, <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/presude-protiv-srbije>, приступљено 1. маја 2020.

45 Нпр. S. Avramović, 50.

вијала махом под утицајем правне трансплантације услед штурости домаћих правних узора. Док се ово може узети као тачно, уколико се на уму имају предратни прописи, то се не може рећи и за правну теорију. Метафорички, ту би се пре могло рећи да је постојећи јуриспрудентски развој еклезијастичког права „по случају (...) запустео“. Вративши се писцима с почетка XX века, налазимо да је њихово бављење односима државе и цркве и црквеним правом уопште далеко надилазило оквиру уџбеничког штива и анализе постојећих прописа; они су, у много чему, били испред по својим схватањима и односу на домаће, као и на европско законодавство.

Примера ради, елементе данашњег система кооперативне одвојености, можемо срести у нешто друкчијем облику код Спекторског у облику система државне потпоре, за који пише: „Државна потпора цркве састоји се у томе што држава не залази у догмате и каноне, али чува право надзора над спољашњом страном црквеног живота и (...) иде црквама на сусрет у остваривању њихових верских задатака.“⁴⁶

Никодим Милаш, истакнути српски канониста, сматра да су држава и црква „свака за себе самосталне и независне у своме кругу“, а да њихова међусобна интеракција може бити само однос „узајамног потпомагања и узајамног допуњавања (...) ради једне веће, опће цијеље, ради временитог и вјечног добра човека.“⁴⁷

Из тога видимо да, поред свих поменутих метода у законопишчевој синтези, није на одмет, при изради неког будућег закона, уважити и мишљења раније правне теорије, пошто се управо у њој могу крити решења за сложена питања еклезијастичког права. А како се наши простори без сумње налазе у периоду Шпенглерове „друге религиозности“, тј. Хабермасове „пост-секуларности“ извесно је да ће значај тих мишљења бити све већи.

БИБЛИОГРАФИЈА

ИЗВОРИ:

Basic Law for the Federal Republic of Germany, the Federal Law Gazette Part III, classification number 100–1, as last amended by Article 1 of the Act of 28 March 2019 (Federal Law Gazette I p. 404) https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0873, приступљено 1. маја 2020.

General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, приступљено 01. маја 2020.

⁴⁶ Е. В. Спекторски, 192.

⁴⁷ Никодим Милаш, *Црквено љраво*, Печатња Ивана Водицке, Задар 1890, 623, 625.

- Inter-American Commission on Human Rights, American Convention on Human Rights <http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm>, приступљено 1. маја 2020.
- Закон о аграрној реформи и колонизацији, *Службени лист ДФЈ*, бр. 64/45, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 16/46, 24/46, 99/46, 101/47, 105/48, 4/51, 19/51, 42 и 43/51, 21/56, http://demo.paragraf.rs/demo/combined/Old/t/t2004_03/t03_0125.htm, приступљено 1. маја 2020.
- Закон о верски слободи, *Урадни лист РС*, шт. 14/07, 46/10 – одл. УС, 40/12 – ЗУЈФ in 100/13
- Закон о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама, *Службени листник* бр. 46/2006, [http://www.restitucija.gov.rs/doc/zakoni/Zakon%20o%20vracanju%20\(Restituciji\)%20imovine%20crkvama%20i%20verskim%20zajednicama%20\(2006\)_2.pdf](http://www.restitucija.gov.rs/doc/zakoni/Zakon%20o%20vracanju%20(Restituciji)%20imovine%20crkvama%20i%20verskim%20zajednicama%20(2006)_2.pdf), приступљено 01. маја 2020.
- Закон о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 52/58, 3/59 – испр., 24/59, 24/61, 1/63, и *Службени лист СФРЈ*, бр. 30/67) http://demo.paragraf.rs/demo/combined/Old/t/t2002_10/t10_0017.htm, приступљено 1. маја 2020.
- Закон о правном положају вјерских заједница, *Службени лист Републике Хрватске* бр. 83/02, 73/13, <https://www.zakon.hr/z/284/Zakon-o-pravnom-polo%C5%BEaju-vjerskih-zajednica>, приступљено 1. маја 2020.
- Закон о црквама и верским заједницама, *Службени листник РС*, бр. 36/06. <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/skupstina/zakon/2006/36/1/regl>, приступљено 1. маја 2020.
- Обавештење традиционалних цркава и верских заједница поводом Закона о реституцији: http://spc.rs/sr/obaveshtenje_tradicionalnih_crkava_verskih_zajednica_u_srbiji_sa_konferencije_za_novinare_u, приступљено 1. маја 2020.
- Пресуде ЕСЉП против Србије: <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/presude-protiv-srbije>, приступљено 1. маја 2020.
- Council of Europe, European Convention on Human Rights https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, приступљено 1. маја 2020.
- Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 28. јуна 1921. године, *Службене новине Краљевине Срба, Хрватца и Словенаца*, година III, бр. 142/21, [http://projuris.org/RETROLEX/Ustav%20kraljevine%20SHS_Vidovdanski%20ustav%20\(1921\).pdf](http://projuris.org/RETROLEX/Ustav%20kraljevine%20SHS_Vidovdanski%20ustav%20(1921).pdf), приступљено 1. маја 2020.
- Јасна Роксић (прир.), *Устав Републике Србије и актуелна правна пракса*, Пословни биро Д.О.О, Београд, 2007.

ЛИТЕРАТУРА:

„Отворена питања оцјене уставности Закона о црквама и верским заједницама“, Александар Раковић, Владимир Ђурић (ур.), *Право, вера, култура*, Православни богословски факултет Универзитета у Београду

- / Правни факултет Универзитета у Београду / Министарство вера и дијаспоре, Београд 2012, 99–187.
- Драгутин Аврамовић, „Верско тржиште без правног оквира“, Јован Ђирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић (ур.), *Религија – њолиџика – љраво*, Институт за упоредно право / Православна митрополија Црногорско-приморска – ИИУ „Светигора“ / Центар за пручавање религије и верску толеранцију, Београд – Будва 2015, 23–37.
- Сима Аврамовић, *Прилози насљанку државно-црквеној љрава у Србији*, Правни факултет Универзитета у Београду/ Православни богословски факултет Универзитета у Београду/ Јавно предузеће „Службени гласник“, Београд 2007.
- Sima Avramović, „Three Important Themes in Legal Regulation of the State-Church Relationship“, Bogoljub Šijaković (ed.), *Legal position of Churches and Religious Communities in Montenegro Today*, Bonafides, Nikšić 2009.
- Радован Биговић (ур.), *Људска љрава у хришћанској љтрадицији*, Службени гласник/ Хришћански културни центар, Београд 2009.
- Emod Veress, „Post-Communist Restitution of the Nationalized Reformed and Roman Catholic Church Property in Romania“, *Acta Univ. Sapientiae, Legal Studies*, 7–1/2018, 109–121. <http://www.acta.sapientia.ro/acta-legal/C7-1/legal71-07.pdf>, приступљено 1. маја 2020.
- Алан Вотсон, *Правни љтранслантии – Присљуй ујоредном љраву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010.
- Коста Ђурић, *Црква и држава љоводом љиџања о одвајању цркве и државе*, Београд, 1923.
- Stefan Koriath, Ino Augsberg, „Religion and the Secular State in Germany“, *German Law Review*, 8/2007, 320–330, <https://www.iclrs.org/content/blurb/files/Germany.pdf>, приступљено 1. маја 2020.
- Танасије Маринковић, Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама, *Анали Правној факултету Универзитета у Београду*, 1/2011, 367–385.
- Никодим Милаш, *Црквено љраво*, Печатња Ивана Водицке, Задар 1890.
- Чедомиљ Митровић, *Црквено љраво*, Привредник, Београд 1929.
- Димшо Перић, *Црквено љраво*, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за публикације – Досије, Београд 1999.
- Владан Петров, Владимир Микић, „Начело лаицитета у савременој уставности“, Јован Ђирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић (ур.), *Религија – њолиџика – љраво*, Институт за упоредно право / Православна митрополија Црногорско-приморска – ИИУ „Светигора“ / Центар за пручавање религије и верску толеранцију, Београд – Будва 2015, 625–643.
- Атанасије М. Поповић, *Црква у обласји љрава*, Штампарија „Свети Сава“, Београд, 1895.

- Дарко Симовић, „Европски уставни модели односа државе и цркве“, Јован Ђирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић (ур.), *Религија – њолиџика – љраво*, Институт за упоредно право / Православна митрополија Црногорско-приморска – ИИУ „Светигора“ / Центар за пручавање религије и верску толеранцију, Београд – Будва 2015, 721–739.
- Евгеније В. Спекторски, *Држава и њен живољ*, Српска књижевна задруга, Београд 1933.
- Сергије Викторович Троицки, *Црквено љраво*, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање, Београд 2011.
- Велибор Џомић, „Религија у уставности и законодавству Кнежевине и Краљевине Србије“, Јован Ђирић, Велибор Џомић, Мирољуб Јевтић (ур.), *Релиџија – њолиџика – љраво*, Институт за упоредно право / Православна митрополија Црногорско-приморска – ИИУ „Светигора“ / Центар за пручавање религије и верску толеранцију, Београд – Будва 2015, 923–946.
- Богољуб Шијаковић, *Ољедање у конџексџу – О знању и вјери, љредању и идентџиџиџу, цркви и држави*, Службени гласник, Београд 2011.

Ђорђе STEPIĆ*

METHODS OF FILLING LEGAL GAPS:
THE RELATIONSHIP BETWEEN THE STATE AND
THE CHURCH IN THE SERBIAN LAW ON CHURCHES
AND RELIGIOUS COMMUNITIES

Summary

The question of the relationship between the state and the church in European law has been of great relevance since the first time these two most important forms of human association began to aspire to the regulation of the same spheres of social activity. The essence of these relations is one of the central issues as a *forum externum* of ecclesiastical law, and as such has been the subject of much controversy in theory. After decades of substantial legal gaps, it was only twenty years ago that the need for state-church law to be regulated by a comprehensive codification emerged again. As a result of these efforts, the Serbian Law on Churches and Religious Communities of 2006 was created. In drafting this legal text, the most expedient way of filling the said legal gap was sought: whether to reach for completely original solutions that carry the risk of any new legal institute; take legal transplantation from related legal systems; or turn to the interrupted development of this branch of law in Serbia / KSCS / Kingdom of Yugoslavia, from the beginning of the 20th century. The purpose of this paper is to show that the lawmaker has begun to synthesize these methods, to evaluate the nomotechnical validity of the law, and to provide insight into the prospects for the development of state-church legislation.

Key words: *State-church relations. – The Serbian Law on Churches and Religious Communities. – Cooperative separation. – Legal transplants.*

Рад приспео / Paper received: 20.3.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 6.5.2020.

* The author is a third-year bachelor student at the University of Belgrade Faculty of Law, stepic.dj@gmail.com

Аристид ТЕОДОРИДЕС

КОНЦЕПТ ПРАВА У ДРЕВНОМ ЕГИПТУ*

превод и увод: Анђела Б. ЧОЛОВИЋ**

УВОД

Аристид Теодоридес рођен је 1911. године у Бриселу. Завршио је студије историје (1937), филозофије (1938) и оријенталистике (1939) са највишим оценама. На подстрек Жака Пирена, усмерио је своја истраживања ка проучавању права и институција старог Египта. Иако је дуги низ година морао да ради у средњој школи, нашао је времена и начина да се даље усавшава. Наставио је школовање, похађао курсеве у Паризу, на Сорбони и Колеж д Франс (*Collège de France*), да би 1958. године на Универзитету у Бриселу стекао докторат из области источњачке филологије и историје након што је презентовао своју тезу о хронолошком реду правних стела из Карнака. Након једног боравка у Оксфорду, где је радио професор Черни, Теодоридес је 1962. године добио награду за своје ново дело, под насловом „Савет тридесторице и његов однос према судским организацијама од краја Старог Царства до краја Новог Царства“.

Изабран је за предавача 1964, а 1966. године постао је професор Универзитета у Бриселу, где је до 1980. године држао наставу из уско

* Изворно објављено као Aristide Théodoridès, „The Concept of Law in Ancient Egypt“, J. R. Harris (ed.), *The Legacy of Egypt*, Oxford University Press, Oxford 1971², 291–323.

** Студент прве године Правног факултета Универзитета у Београду;
colovicbandjela@gmail.com

специјализованих предмета као што су египатски језик, коптски језик, египатске институције, вежбе из египатског права, итд. Поставши професор емеритус 1981. године, на белгијском Високошколском институту почео је да држи курс египатског језика и цивилизације, који је пратио велики број слушаалаца.

Рад професора Теодоридеса првенствено је имао за циљ да покаже како су становници долине Нила, олако приказивани као суштински религиозни људи, склони веровању у магију и ритуале, произвели читав низ докумената правног карактера, као што су уговори, тапије, тестаменти... Веровао је и доказивао да то што се правне категорије нужно не поклапају са онима које ми данас познајемо, нипошто не значи да нису постојале. Истицао је потребу да се детаљно са њима упознамо и да проникнемо у њихову логику.

Савременици професора Теодоридеса такође истичу његову посвећеност и минуциозност у приређивању текстова за објављивање, које је дорађивао и преправљао много пута, уносећи неопходне детаље и водећи о томе „епску“ преписку са члановима уредништава.

Поред тога, дивили су се и његовом говорничком умећу. Излагао је своје идеје са страшћу, обраћајући се аудиторијуму моћним, уверљивим гласом који је праћен карактеристичном гестикулацијом. Кад год би искрсла прилика, искористио би је да истакне староегипатске вредности: поредак, истину и правду, које су фараони морали имати на уму.

Држао је бројна предавања и курсеве на престижним универзитетима у иностранству, а био је и члан више удружења, сарадник неколико часописа, а такође и учесник многобројних конференција. Као најзначајнији, можда се може истаћи његов ангажман у часопису *Revue Internationale des Droits de l'Antiquite (R. I. D. A.)* у чијем је научном савету био од 1965, а један од директора постао 1978. године, дајући често и сам веома вредне прилоге, све до своје смрти у фебруару 1994. године.

Иако је чланак који следи објављен 1971. године, постоје јаки разлози из којих желимо да га приближимо домаћој читалачкој публици. Упркос релативној старости, овај рад и даље представља један од најважнијих академских текстова из области староегипатског права и користи се као обавезна литература на многим угледним универзитетима на којима се право изучава.

Aristide THÉODORIDÈS

THE CONCEPT OF LAW IN ANCIENT EGYPT¹

In daring to speak of 'law' in ancient Egypt one tends to lay oneself open to a number of criticisms. In the opinion of some authorities it is nonsense to talk of law before it was elaborated by the Romans, and this view, which holds for the whole of the ancient Orient, applies particularly to Egypt owing to the lack of documentary evidence. We have, after all, collections of Sumerian, Akkadian, Hittite, and Neo-Babylonian laws—but nothing of the kind from Egypt. Even documents relating to legal practice are rare, and the few traces that are preserved are in religious contexts, thus encouraging the theory, so dear to sociologists, of the progressive *désacralisation* of institutions, a process completed only in the classical era. Moreover, in their legal deeds the Egyptians use everyday language with the addition of only a few technical terms, and even these had several applications and were frequently imprecise, giving rise to suspicion of a lack of clarity in their concepts. The problem is thus, in short, to determine whether they had really progressed beyond a vague legal empiricism.

In reply it must be said that if Egypt ever went through the stages which ethnologists call 'tribal' and 'gentilic', she had certainly passed out of them by the time she entered upon the historical era at the beginning of the third millennium B.C. The social and administrative system then encountered in the Nile valley is based on the family and even on the individual, and, as far as institutions are concerned, there is developing at the same time a strong civil organization.

This organization existed at an early period. To realize this, one has only to refer to the Palermo Stone, which proves that from the dawn of the

¹ In the present chapter I have tried to give an over-all picture of the legal and judicial institutions of ancient Egypt and their evolution, having regard to the historical background and endeavouring wherever possible to include and analyse extracts from actual documents. A more detailed study of the law of the Old Kingdom is to be found in J. Pirenne, *Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne Égypte*, and a systematic account of the material, with a precise chronological summary of the sources, in the various works of Erwin Seidl dealing with pharaonic Egypt (see the Bibliography). In the following notes, *RIDA* — *Revue internationale des droits de l'antiquité*.

Аристид ТЕОДОРИДЕС

КОНЦЕПТ ПРАВА У ДРЕВНОМ ЕГИПТУ¹

Када се осмели да говори о „праву“ у древном Египту, човек се обично излаже бројним критикама. По мишљењу неких ауторитета, бесмислено је причати о праву пре него што су га разрадили Римљани, а овај став, који се односи на читав древни Оријент, нарочито се примењује на Египат због мањка документарне грађе. На крају крајева, имамо збирке сумерских, акадских, хетитских и нововавилонских закона, али ништа слично томе из Египта. Чак су и документа везана за правну праксу ретка, а оно мало трагова што је сачувано везано је за религијски контекст, што подржава теорију – тако драгу социолозима о прогресивној десакрализацији институција, процесу који је довршен тек у класичној ери. Штавише, у својим правним документима Египћани користе свакодневни језик уз додатак само неколико стручних термина, а чак и ти термини имају по неколико употреба и често су непрецизни, изазивајући сумњу да њихови концепти нису били јасни. Стога је проблем, укратко речено, утврдити да ли су заиста превазишли неки базични, недефинисани правни емпиризам.

У одговор на ово морамо рећи да, ако је Египат икада и пролазио кроз фазе које етнологзи називају „племенским“ и „племићким“, он је свакако из њих изашао до времена када је ушао у историјску еру почетком трећег миленијума п.н.е. Друштвени и административни систем који се тада сретао у долини Нила почивао је на породици, па чак и на појединцу, а што се институција тиче, снажна грађанска организација била је истовремено у настајању.

Ова организација постојала је у раном периоду. Да би то схватио, човек треба само да се сети Камена из Палерма који доказује да

1 У овом поглављу покушао сам да дам један општи приказ правних и судских институција древног Египта и њихов развој, имајући на уму историјску позадину и трудећи се где год је то могуће да дам и анализирам одломке из аутентичних докумената. Детаљнија студија права у Старом краљевству може се наћи у J. Pirenne, *Histoire des Institutions et du Droit privé de l'Ancienne Egypte*, а систематски приказ права са прецизним хронолошким прегледом извора у разним делима Ервина Јајдла (Erwin Seidl) која се баве Египтом у доба фараона (видети Библиографију). У напоменама у наставку текста, биће коришћена скраћеница RIDA= *Revue Internationale des Droits de l'antiquité*.

historical period the Egyptian administration recorded, for instance, the annual level of the Nile flood, and that, as well as the census of population, a biennial census 'of gold and fields' was made, at least from the Second Dynasty onwards. What does this imply, if not that the transfer of both personal and landed property from one owner to another was considerable, and that private property must therefore have existed ?

From the evidence of documents of legal practice, so often damaged and handed down in an incomplete form in funerary inscriptions, it thus appears that private property did indeed exist, that it was transferable, and further that there was real equality between man and wife in the eyes of the law. Children were supposed to inherit an equal share of their parents' estate, unless the latter had made other dispositions, for the practice of making a will was known. A wife was not her husband's legal heir, but she could be made his legatee, and provision could be made for legacies to third parties.

The state guaranteed the execution of deeds of conveyance by registering them, as is shown for example by the document called 'the contract for the sale of a small house' (in the pyramid city of Khufu (Cheops) of the early Fourth Dynasty). This I should prefer to regard as evidence of a legal dispute following upon the sale, and such an interpretation would give additional support to the view that, from the Old Kingdom, sale in Egypt could be by consent.² If the plaintiff had in his possession the order for recovery of the property which established his right to it, it is evident that the sale was completed once agreement had been reached. Moreover, it should be noted that, despite the inadequacy of our documentation, there are clear indications of the bilateral nature of such transactions. The *Stèle Juridique* from Karnak (of the Seventeenth Dynasty, c. 1600–1570 B.C.) reveals that at that period the parties concerned were given a year to fulfil their obligations, with the possibility of requesting a renewal of the time allowed.³

The Fourth Dynasty contract had been prepared before the local council, which had registered it, and in the presence of several witnesses, all ordinary people, principally artisans, who therefore enjoyed full civil rights. Workers were, indeed, respected and remunerated, and a document shows that even a queen of the glorious Fourth Dynasty had paid those who constructed her tomb.

2 J. Pirenne, *Histoire des institutions*, ii, pp. 293 f.; *Archives d'histoire du droit oriental*, i (1937), 9–11.

3 A. Théodoridès, *RIDA* ix (1962), 102–15.

је од самог почетка историјског периода египатска администрација бележила, на пример, годишњи ниво изливања Нила и да је поред пописа становништва сваке друге године сачињаван попис „злата и поља“, барем од Друге династије па надаље. Не сугерише ли ово да је пренос покретне и непокретне имовине са једног власника на другог био значајан, те да је стога морала постојати приватна својина?

На основу доказа из документоване правне праксе, тако често оштећених и преношених у непотпуној форми у погребним натписима, изгледа да је приватна својина заиста постојала, да је била преносива, те, даље, да је постојала стварна једнакост између мужа и жене у очима закона. Деца је требало да наследе једнаке делове родитељског имања, изузев ако су потоњи направили другачију расподелу, јер је пракса сачињавања тестамена већ била позната. Жена није била законски наследник свог мужа, али је могла добити легат, а могле су да се додају одредбе да се остави легат и трећим лицима.

Држава је гарантовала извршење тапија тако што их је регистровала, као што се види из примера документа названог „Уговор о продаји кућице“ (у комплексу пирамиде Куфуа (Кеопса) са почетка Четврте династије). Лично бих ово радије посматрао као доказ правног спора који је уследио након продаје, а такво тумачење би додатно подржало став да је од времена Старог краљевства продаја у Египту могла да се обавља уз сагласност.² Ако је тужилац у свом поседу имао наредбу за повраћај имовине којом се установљавало његово право на ту имовину, очигледно је да је продаја била окончана по постизању договора. Штавише, треба напоменути да, упркос неадекватности наше документације, постоје јасне индикације о билатералној природи таквих трансакција. *Stele Juridique* из Карнака (Седамнаеста династија, око 1600–1580. п.н.е.) открива да је у том периоду односним странкама остављано годину дана да испуне своје обавезе, уз могућност да затраже продужетак тог времена.³

Уговор из времена Четврте династије сачињен је пред локалним саветом који га је регистровао и то у присуству неколико сведока, који су сви били обични људи, углавном занатлије, и који су, према томе, у потпуности уживали грађанска права. Радници су заиста били поштовани и добијали су накнаду за свој рад, а један документ показује да је чак и једна краљица из славне Четврте династије платила онима који су саградили њену гробницу.

2 J. Pirenne, *Histoire des institutions*, ii, pp. 293 f.; *Archives d'histoire du droit oriental*, i (1937), 9–11.

3 A. Théodoridès, *RIDA* ix (1962), 102–15.

Again in the same dynasty, an important individual named Heti made a will (or, more literally, gave out an 'order' from his 'living mouth'), expressing himself in the following terms (*Urk.* i. 162 f.):

As for all my children, truly, that which I have constituted for them, as assets of which they shall enjoy the usufruct, I have not granted any of them the right to dispose of his (share), as a gift or in consideration of payment (?) ... an exception being made for the son he may have and to whom he shall transfer (it). They are to act under my eldest son's authority as they would act with regard to their own property; for I have appointed an heir against the day—the latest possible—when I shall go to the West.

These funerary priests who shall act under his authority, he shall call upon them for my funerary offering each day and on (such-and-such) festivals ..., but I have not granted him the right to require of them any service whatever, other than the funerary offering (which shall be made) for me each day ...

We gather that the author of the will is turning property, the source of which he does not reveal, into an endowment to provide for his mortuary cult. Some of his contemporaries made contractual agreements with priests, but Heti wishes to avoid letting any part of the endowment's revenues be lost to his heirs. This is why he makes his children into a family syndicate, placed, as a consequence of his dispositions, under the authority of his eldest son, who is to administer the estate. The deed of foundation makes it clear that each member of the said syndicate will himself receive only the revenue from this estate, which has been made indivisible in perpetuity.

The founder transfers the property in question to an association of individuals, but it is evident none the less that the association is conceived as such and that it has its own legal personality.⁴ The same is true also of temples, whose estates are regarded as belonging to the gods to whom they are dedicated and which may be represented at law. And so it is too with the state, which we see, for example, paying out revenues allocated for religious purposes that are a perpetual charge on government assets. As the beneficiaries from these incomes can dispose of them in various ways, we are faced at this early date with a remarkable system of credit.

However, from the Fourth Dynasty precisely there was a change in the concept of royal power. The king had become the head of a very strong centralized government, the machinery and regulation of which (the ladder of promotion, the hierarchy of officials), by the very fact of their existence, inhibited any tendency he might have to act arbitrarily.

4 J. Pirenne, *Histoire des institutions*, ii, pp. 327 f.; G. Thausing, *Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes*, li (1948), 14–20.

У време те исте династије, опет, један важан појединац по имену Хети сачинио је тестамент (или буквалније, издао је „наређење“ властитом „живом речју“), изјашњавајући се на следећи начин (*Urk.* i. 162 f.):

Што се тиче све моје деце, заиста, оно што сам ја створио за њих, као добра чије ће плодове они уживати, ја не дајем никоме од њих право да располаже својим (делом) као поклоном или у вези са евентуалним плаћањем (?)... са изузетком сина кога ће можда имати и коме ће пренети (то). Они треба да поступају по налогу мог најстаријег сина као што би поступали у односу на властиту имовину; јер ја сам одредио наследника за онај дан – најкаснији могући – када ћу отићи на Запад.

Ове свештенике за погреб који ће поступати по његовом налогу, он ће позивати за моје погребне понуде сваког дана и на (те и те) празнике..., али не дајем му право да захтева од њих било какву другу услугу осим приношења погребних жртава (понуда) (које ће се приносити) за мене свакога дана...

Схватимо да аутор тестаmenta на овај начин имовину, чије порекло не открива, претвара у задужбину којом ће се обезбедити његов посмртни култ. Неки од његових савременика сачињавали су уговоре са свештеницима, али Хети жели да избегне да било који део његове задужбине буде изгубљен за његове наследнике. Због тога он своју децу организује у породични синдикат (заједницу) коју, у складу са својом вољом, ставља под власт најстаријег сина, који ће управљати имањем. Акт којим се ово установљава јасно дефинише да ће сваки члан поменутог синдиката добијати само приход од овога имања, које заувек остаје недељиво.

Оснивач преноси имовину о којој је реч на удружење појединаца, али је очигледно ипак да је удружење конципирано као такво и да има властити статус правног лица.⁴ Исто важи и за храмове, за чија се имања сматра да припадају боговима којима су посвећени и који се могу заступати пред законом. Исто је и са државом која, на пример, исплаћује приходе предвиђене за религијске намене које су трајни намет на државна средства. Како корисници ових прихода могу да располажу њима на различите начине, у овом раном периоду сусрећемо се са једним импозантним системом кредита.

Међутим, управо са Четвртом династијом наступа промена у концепту краљевских овлашћења. Краљ је постављен на чело веома снажне централизоване власти, чија машинерија и механизми регулације (начин (лествица) напредовања, хијерархија званичника) самим својим постојањем коче било какву његову склоност да поступа своје-

4 J. Pirenne, *Histoire des Institutions*, ii, pp. 327 f.; G. Thausing, *Wiener zeitschrift für die kunde des morgenlandes*, li (1948), 14–20.

The same king was in supreme control of legislation, but laws were conceived as expressions of ideal justice. A law promulgated in the proper way remained in force so long as it was neither modified nor abrogated, and we see the king rescinding decisions made by his administration in opposition to established laws.

But the king, descendant of the gods and divinely inspired—especially in his legislative work—succeeded in obtaining acceptance, in his role of Horus, no longer merely as the son of Rē, but as the incarnation of Rē himself. The consequent creation of a religious cult of royalty disorganized the administrative system, in that the king, henceforth all-powerful and absolute, placed himself above it. The cult weakened the administration and at the same time the king himself, since the royal priesthood he appointed was endowed with revenues and benefices (in the form of ever more extensive estates) which could not but impoverish the crown. And, when the very administrative functions themselves were handed over to the royal ‘privileged,’ we witness the break-up of territorial rule. The provincial governors arrogated the rights of royalty and became princes, and the king was then no more than *primus inter pares*.

Several mastabas have preserved representations and descriptions of life in the great seigneurial domains, in which, in the Sixth Dynasty, a closed economy was established and individuals were no longer equal in law. It is wrong to attempt to form a picture of social, economic, and legal life in Egypt during the Old Kingdom on the basis of evidence from these representations; they are valid only for one class (the nobility) and for a particular period.

It is in the general context of the Sixth Dynasty, with its altered social conditions, that we must place Pap. Berlin 9010, which reveals a new state of affairs on the occasion of a succession.⁵ The translation is as follows:

(A) Title (missing);

[On such and such a date ... opening of legal proceedings on behalf of Sebekhotpe against Tjau by ...]

(B) Arguments of the parties involved:

This Sebekhotpe [has produced a document]t [which the royal noble], the overseer of caravans, User [is alleged to have had] made, [by which] his wife, his children and all his property [were placed (?) in his power (?) in order to satisfy by (this) means [all] the children of this User, treating the old and the young according to their age.

5 K. Sethe, *ZÄS* lxi (1926), 67–79.

вољно. Исти тај краљ имао је врховну законодавну контролу, али закони су конципирани као израз идеалне правде. Закон који је правилно донет остајао је на снази све док не би био измењен или укинут, и видимо да је краљ поништавао одлуке које је донела његова администрација, а које су биле у супротности са постојећим законима.

Али краљ, потомак богова и божански надахнут – посебно у свом законодавном раду – успева у томе да почну да га прихватају, у својој улози Хоруса, не више само као сина бога Ра, него као инкарнацију самога Ра. Последишно стварање религиозног култа краљева дезорганизовало је систем управе утолико што је краљ, будући од тада свемогућ и апсолутан, себе поставио изнад система управе. Култ је ослабио администрацију, а истовремено и самог краља, пошто је краљевско свештенство, које је он именовао, добијало приходе и повластице (у виду све већих имања) које нису могле а да не осиромаше владара. А када су саме административне функције предале онима који су имали краљевске „привилегије“, постајемо сведоци распада територијалне владавине. Гувернери провинција преузели су краљевска права и постали су принчеви (кнежеви), а краљ је постао ништа више до *primus inter pares* (први међу једнакима).

Неколико мастаба сачувало је приказе и описе живота на великим властелинским поседима на којима у време Шесте династије настаје затворена економија, а појединци више нису једнаки пред законом. Погрешно је настојати да дочарамо слику друштвеног, привредног и правног живота у Египту током Старог краљевства на основу доказа које нам нуде ови прикази; они важе само за једну класу (племство) и за одређени период.

Управо у општем контексту Шесте династије, у измењеним социјалним условима, морамо да тумачимо Папирус из Берлина (Pap. Berlin) 9010, који открива ново стање ствари приликом наслеђивања.⁵ Његов превод гласи овако:

(А) Наслов (недостаје);

(тог и тог датума... отварајући правни поступак у име Себекхотпе против Тјауа...)

(Б) Аргументи страна у спору:

Овај (присутни – прим. прев.) Себекхотпе (поднео је документ) (који је краљевски племић), надзорник каравана, Усер (наводно дао да се) сачини, (а којим се) његова жена, његова деца и сва његова имовина (стављају?) под његову управу (?) да би на овај начин (сва) деца овог Усера била задовољена и третирана, и старија и млађа, у складу са њиховим годинама.

5 K. Sethe, ZÄS lxi (1926), 67–79.

But this Tjau has replied that his father never made it (this document) in any place whatever.

(C) Interlocutory judgement:

If this Sebekhotpe produces unimpeachable and trustworthy witnesses who will take oath (in these terms): 'Let your might be against him (i.e. Tjau), O god, in so far as this document was truly made in accordance with the declaration of this User', these things shall be in the power of this Sebekhotpe, when he shall have produced these witnesses in whose presence this utterance (of User) was voiced, while this Sebekhotpe shall be the usufructuary.

But if he does not produce the witnesses (*irw*) in whose presence this utterance was voiced, none of the said User's property shall be kept in his possession; it shall be kept in the possession of his son (i.e. the eldest son of User), the royal noble, the overseer of caravans, Tjau.

The fundamental question here raised is whether on the basis of this text one can argue that at this point of time a woman no longer enjoyed more than a reduced legal status, which, in particular, placed her under the tutelage of her husband, and after his death under that of his eldest son, or, indeed, of a third party designated by her husband in a will.

Pirenne has been criticized for holding this view, but it must be noted that his theory does not rest on this single document. The interpretation he gives results from the combination of various deductions drawn from all the sources relating to the institutions of this period, and thus throws light on the evolution which has taken place in public and family law since the Fourth Dynasty.

The appearance of 'benefices', the enrichment of privileged families, the proliferation of endowments, the concentration of property into a few hands, had the effect of making the constitution of landed property more rigid and of strengthening ties within the propertied families. Proof of this is to be found in the appearance of the idea of the 'eldest son', to whom the administration of the funds of the joint property was entrusted. On the death of the eldest in a family, the title and duties of 'eldest son' devolved upon the next in age, though in fact a daughter was not called upon to hold a position equivalent to that of 'eldest son', for she was not 'eldest' in relation to her brothers.

The legal equality which existed among children during the Third and Fourth Dynasties had altered, which does not in any way imply that at the close of the Old Kingdom daughters, or women in general, no longer had any rights. Moreover, these observations hold only for members of the land-owning nobility which had come into being at that time. Just as the nomes had changed into principalities, so the domains became seigneurial properties, with the juridico-social position of those who were in possession of them established on a hereditary basis.

Али овај (присутни – прим. прев.) Тјау одговорио је да његов отац никада није сачинио (овај документ) ни на једном месту.

(Ц) Међупресуда

Ако овај Себекхотпе обезбеди поуздане и веродостојне сведоке који ће се заклети (овим речима): „Нека твоја сила буде против њега (тј. Тјауа), о Боже, утолико што је овај документ заиста сачињен у складу са изјавом овог Усера“, ове ће ствари прећи под управу овог Себекхотпеа када буде довео те сведоке у чијем су присуству ове речи (Усера) изречене, те ће овај Себекхотпе бити плодоуживалац.

Ако пак не обезбеди сведоке (*irw*) у чијем присуству су ове речи изречене, ништа од имовине поменутог Усера неће остати у његовом власништву; биће задржана у власништву његовог сина (тј. најстаријег Усеровог сина), краљевског племића, надзорника каравана Тјауа.

Основно питање које се поставља овде јесте да ли на основу овог текста можемо да тврдимо да је у датом тренутку жена уживала само умањени правни статус који ју је, конкретно, стављао под старатељство супруга, а након његове смрти – његовог најстаријег сина или чак неког трећег лица које њен супруг назначи у тестаменту.

Пирен је критикован због тога што је заступао овај став, али мора се напоменути да се његова теорија не заснива само на овом једном документу. Тумачење које он даје резултат је комбиновања различитих закључака изведених из свих извора који се односе на институције из овог периода, па тако баца светло на еволуцију до које је дошло у јавном и породичном праву од Четврте династије.

Појава „повластица“, богаћење привилегованих породица, све већи број задужбина и концентрација имовине у рукама неколицине имало је за последицу успостављање ригиднијег приступа везаног за некретнине и јачање веза у оквиру породица са имовином. Доказ за ово може се наћи у појављивању идеје о „најстаријем сину“ коме се поверава управљање фондовима заједничке имовине. У случају смрти најстаријег у породици, титула и дужности „најстаријег сина“ прелазили су на следећег по годинама, мада ћеркама заправо није дато да буду у позицији која би била еквивалент оној „најстаријег сина“, јер ћерка није била „најстарија“ у односу на своју браћу.

Правна једнакост која је постојала међу децом за време Треће и Четврте династије била је промењена, што ни на који начин не имплицира да на заласку Старог краљевства ћерке или жене уопште нису више имале никаква права. Штавише, ова запажања односила су се само на чланове племства које је поседовало земљу и које се тада формирало. Баш као што су се номе претвориле у кнежевине, тако су и имања постала властелински поседи на којима је правни и друштвени положај оних који су их поседовали утврђиван по основу наследства.

Tjau, whom we have already encountered through Pap. Berlin 9010, belonged to the nobility; as a 'royal noble' he was qualified to receive the benefice with which his father, or a more distant ancestor, had been favoured by the king. He had inherited his father's title, his function ('overseer of caravans'), and likewise his property, which he had to preserve undivided, with the duty of administering it for the whole family. It is worth noting that it was no longer necessary, as in earlier times, to insert a special clause in a will so that he should acquire the rights and duties of an elder son. The succession to his father's estate was legally vested in him, which amounts to saying that if his father had died intestate Tjau, by virtue of his status as eldest son, would have administered the property, and in this connection have exercised control over his own mother, as well as over his brothers and sisters. From the way the document is constructed it may be inferred that he had already begun to act in this way as administrator and guardian, since he is the defendant in the case, which a third party, named Sebekhotpe, has brought against him. The latter opposes the administration of Tjau on the basis of a will which User is said to have made without his son's knowledge, and to his disadvantage.

It has been said that this Sebekhotpe would not have been a guardian but a 'usufructuary' who would have had to divide the estate among User's children. It should, however, be noted that this is not stipulated in the document and that, moreover, the right to a life interest in a property does not imply a state of transition towards the division of such property. This may be verified from the extract from the contracts of Hapidjefai, quoted below, in which he expressly provides that the usufructuary shall be forbidden to 'share' the property entrusted to him.

It has also been maintained that, if, in spite of everything, one has to admit that Sebekhotpe was indeed called upon to exercise tutelage over User's wife, it is not absolutely necessary to take this as an indication that women suffered legal disability: User's wife might in the event have been 'much too young'. This hypothesis cannot, however, be defended, since the woman was, after all, the mother of Tjau, who, in that he had inherited his father's position, was certainly of age—and, if the author of the will had put forward a specific reason for placing his wife under tutelage, would he not have had to justify this measure? This is not at all the case, especially in that if it were not Sebekhotpe who was to exercise the tutelage it would be User's own son, and this in complete accordance with the law.

In actual fact, at the time of the lawsuit the tutelage is not at issue. Neither Tjau nor the magistrate disputes the legality of the will's provisions. What has to be established is a question of fact: did User really compose the 'deed'?

Тјау, кога смо ми већ срели у Папирусу из Берлина 9010, припадао је племству; као “краљевски племић” испунио је услов да добије привилегије које је његов отац или неки даљи предак добио од краља. Он је наследио очеву титулу, његову функцију („надзорник каравана“), а такође и његову имовину коју је морао да сачува неподељену, уз дужност да њоме управља у име целе породице. Вредно је напоменути да више није било неопходно, као у ранија времена, унети у тестамент посебну клаузулу којом би он стекао права и дужности старијег сина. Наслеђивање очевог имања њему по закону припада, што је исто као да је речено да би, уколико отац умре без тестаментa, Тјау, будући да има статус најстаријег сина, управљао имовином и да би у вези са тим имао власт над својом мајком као и над браћом и сестрама. Из начина на који је документ сачињен може се закључити да је он већ почео да поступа на овај начин као управитељ и старатељ пошто је он оптужени у овом случају, који је треће лице, по имену Себекхотпе, покренуло против њега. Потоњи се противи управљању Тјауа на основу тестаментa за који се тврди да га је оставилац сачинио без знања свога сина и на његову штету.

Речено је да Себекхотпе не би био старатељ него „плодоуживалац“ који би морао да подели имање међу децом оставиоца. Треба, међутим, напоменути да у документу ово није наведено и да, штавише, право на доживотно уживање на некој имовини не имплицира помак ка дељењу те имовине. Ово би се могло потврдити одломцима из уговора Хапицефаи који су цитирани у даљем тексту, а у којима он изричито одређује да ће плодоуживаоцу бити забрањено да „дели“ имовину која му је поверена.

Тakoђе се тврди да, чак и ако, упркос свему, морамо признати да је Себекхотпе заиста позван да преузме старатељство над оставиоцевом супругом, није апсолутно неопходно то схватити као индикацију да су жене биле правно ускраћене: могуће је да је у датом случају оставиочева супруга била “исувише млада”. Ова хипотеза, међутим, не може се бранити јер је та жена ипак била мајка Тјауа, који је свакако био пунолетан, пошто је наследио очев положај при том, да је аутор тестаментa навео конкретан разлог због кога се жени одређује старатељ, зар не би морао овакву меру и да образложи? Ово уопште није случај, нарочито с обзиром на то да би, када не би било Себекхотпеа који треба да буде старатељ, ову дужност вршио оставиочев властити син и то потпуно у складу са законом.

Заправо, у време ове парнице старатељство није предмет спора. Ни Тјау ни судија не оспоравају законитост ове одредбе у тестаменту. Оно што је требало установити односи се на чињеницу да ли је оставилац заиста саставио „тапију“?

It may be noted that there is reference only to a 'writing', and not to an *imyt-pr*, the expression which designates a certified deed of conveyance. Moreover, according to the evidence of Egyptian texts, the author of a deed of this kind 'makes' his *imyt-pr*, whereas in this case it seems that User 'had his "writing" made', so that perhaps the document in question was of a special kind which would not have been registered. This, to my mind, would explain why the magistrate required the production not of an abstract of this 'writing', but of the testimony of persons who were alleged to have been present when it was drawn up.

The term *irw* which has been translated 'witness' is unusual, if not unique. Etymologically it could refer to 'those who made' the writing, the 'co-authors' of the document who had a hand in drawing it up, for, as we have seen, User 'had his "writing" made'; he must have dictated (?) it at a time when—because of his state of health (?)—he could not do otherwise. At all events, the method employed is recognized as valid. It rests with Sebekhotpe to prove the authenticity of the 'writing' he has produced. The tribunal gives the terms of the oath the witnesses will have to swear: they will have to testify that the 'writing' was really made 'in conformity with the declaration of User'.

My personal view is that we may here be at the stage of the preliminary investigation of the dispute. Sebekhotpe has probably lodged a complaint with the office of the clerk to the tribunal, which has undertaken to notify Tjau. The examining magistrate has pronounced the judgement, which orders a further inquiry (in the form of summoning witnesses, the summoning to be the plaintiff's responsibility). Proceedings will then have been adjourned until further notice. The papyrus gives us the official report of this sitting, in which the clerk to the tribunal began by summarizing the arguments of the plaintiff and then of the defendant, and ended with a note of the magistrate's decision.

We have now only to return for a moment to the word 'usufructuary' contained in the first part of the judgement. Provided of course that his plea is not dismissed, Sebekhotpe will become the 'usufructuary', but the fact must not be overlooked that, legally as well as grammatically, the proposition containing this term is secondary to the essential element: 'these things shall be in [his] power' (these being the wife, children, and property of User). In practical terms, 'usufructuary' specifies the method of administration, if not of remuneration, envisaged. Sebekhotpe 'shall consume' the fruits of the assets 'to which he may not cause any loss'; he is to handle it like a good father of the family. It may be deduced from the information given in the text that this would continue so until his death, after which the rights of administration and tutelage, which would have been conferred on him by the disputed will, would return to Tjau, or to

Можемо приметити да се помиње само „писмено“, а не *imyt-pr*, израз који означава оверену тапију. Штавише, према сведочењу египатских текстова, аутор тапије окакве врсте „сачињава“ свој *imyt-pr*, док у овом случају изгледа да је Усер „дао да се писмено сачини“ тако да је можда предметни документ припадао некој нарочитој врсти која се није заводила. Ово би, по мом мишљењу, објаснило зашто судија није тражио апстракт овог „писмена“ него сведочење лица која су наводно била присутна када је сачињен.

Термин *irw* који је преведен као „сведок“ необичан је, ако не и јединствен. Етимолошки може да се односи на „оне који су сачинили“ писмено, „коауторе“ документа који су учествовали у његовом сачињавању, јер, као што смо видели, Усер је „дао“ да се писмено за њега сачини; он мора да га је диктирао (?) у тренутку када – због стања властитог здравља (?) – није могао другачије да поступи. У сваком случају, коришћени метод признаје се као валидан. На Себекхотпеу је да докаже аутентичност документа који је поднео. Трибунал поставља услове под којима ће сведоци да положе заклетву: они ће морати да посведоче да је то „писмено заиста сачињено у складу са изјавом Усера“.

Мој лични став је да смо можда овде у фази прелиминарне истраге везане за неки спор. Себекхотпе је вероватно поднео тужбу код судског чиновника који је о томе обавестио Тјауа. Поступајући судија је донео одлуку којом се наређује даља истрага (у форми позивања сведока за које је задужен тужилац). Поступак би онда био одложен до даљњег. Свитак папируса нам даје званични извештај о овом рочишту током којег је записничар трибунала започео резимирањем аргумената тужиоца, а затим и туженог, а завршио напоменом о одлуци коју је донео судија.

Сада морамо кратко да се вратимо на реч „плодоуживалац“ која се користи у првом делу судске одлуке. Под условом, наравно, да његова тужба не буде одбачена, Себекхотпе ће постати „плодоуживалац“, али не смемо да превидимо чињеницу, ни са правног ни са граматичког становишта, да је одредба која садржи овај термин секундарна у односу на битни елемент: „ове ће ствари прећи под (његову) управу“ (а оне укључују жену, децу и имовину оставиоца). Практично говорећи, „плодоуживалац“ одређује начин управљања, ако не и надокнаде који је предвиђен. Себекхотпе „ће уживати“ у плодовима иметка „коме не сме нанети никакав губитак“; он треба да имовином управља као добар отац породице. Из информација датих у тексту може се закључити да би се ово наставило до његове смрти, након које би право на управљање и старатељство, које би њему било додељено спорним тестаментом, било враћено Тјауу или

his legal heir. The last line of the papyrus seems to emphasize once again the right of 'possession' which Sebekhotpe would exercise over the property. It is precisely the same formula as is used for Tjau, who, as User's eldest son, and in default of the will invoked by his opponent, will be the administrator of the benefice, which has become a joint family asset he cannot dispose of, since he does not own it entirely.

In giving this account—which may already seem long enough, though certain details might still be further amplified—I have tried to point out the difficulties encountered in interpreting texts of this kind, which consist of reports of hearings too laconic for our appreciation. And it is worse still with the great majority of ostraca (notably of the Ramessid period, Nineteenth-Twentieth Dynasties), which give mere extracts of deeds or official reports, keeping strictly to essentials, and which were intended to serve as memoranda for litigants.

At the same period, following the break-up of the Old Kingdom, some texts shed a few gleams of light upon the activities of the 'middle class'. Pirenne has defined their status and pointed out that their appearance cannot have been the result of spontaneous generation.⁶ By definition, documents relating to the 'domains' take no account of them, which does not in any way indicate that they did not exist at that time. It was when domanial and seignorial rule was tending to establish itself all over the country, stifling the economy, that the middle class of the towns rebelled: 'Every town says: "Come, let us put down the powerful ones among us ... The vessel of Upper Egypt is adrift; the towns are destroyed and Upper Egypt is a desert." There is no question of similar destruction as far as towns of Middle and Lower Egypt are concerned, and Memphis, the displaced capital of the Old Kingdom, was even to remain the centre of commercial activity within the compass of urban institutions.

Little by little, however, the reunification of Egypt came about, this time, during the Eleventh Dynasty, at the hands of the princes of Thebes.

In the letters of Hekanakhte,⁷ which date from this period (1c. 2000 B.C.), one senses a kind of feverish urge to accumulate wealth. The funerary priest Hekanakhte is a landed proprietor; he has property in various parts of the country and travels about much more for business reasons than in connection with his office. On his principal estate, to the south of Thebes,

6 J. Pirenne, *Archives d'histoire du droit oriental*, iii (1948), 125–43.

7 T. G. H. James, *The Hekanakhte Papers and Other Early Middle Kingdom Documents*, New York, 1962. Cf. assessments by K. Baer, *Journ. American Research Center in Egypt*, i (1962), 34 f.; *Journ. American Oriental Soc.* lxxxiii (1963), 1–19; A. Théodoridès, *Chronique d'Égypte*, xli (1966), 295–302.

његовом законитом наследнику. Последњи ред на папирусу изгледа наглашава још једном право на „поседовање“ које би Себекхотпе имао над имовином. У питању је потпуно иста формулација која је употребљена за Тјауа, који, као најстарији син оставиоца, и у одсуству тестаментa на који се његов противник позива, треба да управља добрима која су постала заједнички породични иметак, али не може да располаже њима пошто нису у потпуности његово власништво.

Наводећи овај пример – који већ изгледа довољно дуг иако би се одређени детаљи могли даље разрадити – покушао сам да укажем на тешкоће на које се наилази у тумачењу оваквих текстова који садрже извештаје са суђења који су сувише лаконски да бисмо их у потпуности разумели. Ствари стоје још горе са великом већином натписа на плочицама (углавном из рамесидског периода, Деветнаесте и Двадесете династије), које дају само изводе из тапија или званичних извештаја, држећи се строго најосновнијих ствари, јер им је сврха била да послуже као подсетници странама у спору.

У истом периоду, након распада Старог краљевства, неки текстови бацају пар зрачака светлости на активности „средње класе“. Пирен је дефинисао њен статус и указао на то да њена појава није могла да буде резултат спонтаног настајања.⁶ По дефиницији, документа која се односе на „властелинске поседе“ не баве се средњом класом, што ни пошто не значи да нису постојали у то време. Тек када су властелини покушали да успоставе владавину у читавој земљи, гушећи економију, побунила се средња класа у градовима: „Сваки град каже: Хајде, срушимо моћнике међу нама... брод Горњег Египта плута бесциљно; градови су уништени, а Горњи Египат је пустиња“. Нема сумње да је до сличног разарања градова дошло и у Средњем и Доњем Египту, а Мемфис, дислоцирана престоница Старог краљевства, требало је да остане центар трговинске активности под обухватом урбаних институција.

Мало по мало, међутим, дошло је до поновног уједињења Египта, овога пута за време Једанаесте династије под вођством тебанских принчева.

У писмима Хеканакхтеа,⁷ која датирају из овог периода (око 2000. п.н.е.) осећа се грозничава потреба за акумулирањем богатства. Хеканакхте, иначе свештеник који обавља погребне ритуале, власник је земљишнихседа; он има имовину у различитим деловима земље и много више путује из пословних разлога него у вези са својом службом. На његовом главном имању, јужно од Тебе,

6 J. Pirenne, *Archives d'histoire du droit oriental*, iii (1948), 125–43.

7 T. G. H. James, *The Hekanakhte Papers and Other Early Middle Kingdom Documents*, New York, 1962. Cf. assessments by K. Baer, *Journ. American Research Center in Egypt*, i (1962), 34 f.; *Journ. American Oriental Soc.* lxxxiii (1963), 1–19; A. Théodoridès, *Chronique d'Égypte*, xli (1966), 295–302.

live several people, who seem to be members of his family: his mother and her servant, another person, who may be an aunt, also with her servant, ... and his children (boys and girls). The eldest, Merisu, is in charge of the people and property there in his father's absence, but this duty does not appear to give him any legal or economic privileges. All are paid in proportion to the work they do, independent of age or sex. These payments are personal acquisitions, and as a consequence they entail financial responsibilities. If, for example, some head of cattle are lost, their 'price' will be debited to such of the children as were in charge of them. Hekanakhte likes to use commercial terms!

But let him speak for himself, occasionally with a certain acrimony, in a letter addressed to his mother and his son Merisu. He reproaches the 'household' for not accepting readily the reductions in payment which he has fixed for them:

See, you yourselves are people who eat until you are satisfied, ... the whole land is dying (of starvation), but you are not hungry. See, I came here upstream and determined your rations for the best. Will the inundation be very great? See, our rations will be fixed for us according to the state of the inundation.

Be patient, all of you ... Avoid being angry about this (fixing of rations). See, the whole household is (treated) like [my] children, but all the property is mine, and, as they say, it is better to be half alive than to die outright ... and see, ... they have started to eat men here; see, such rations are not given to them (i.e. people) anywhere (else). Conduct yourselves (therefore) with stout hearts until I reach you, for I shall spend the season of *shomu* here ... You shall give this payment to my people according to how they are doing (their) work. Attend to it strictly ... Be very diligent, since you are eating my rations ... Now as for anyone among the women and men who shall reject these rations, let him come to me here to live with me as I live; but there will certainly be no one who will come to me here.

It is clear from his correspondence that Hekanakhte wants to get the maximum return from his agricultural enterprise by taking advantage of a situation which may not be quite as alarming as he would like to make out. He seems to be speculating on the demand for cereals, which he sells at a good price, and with the metal obtained 'in exchange' he takes out leases on other estates which he exploits in the same way. One gets the impression that Hekanakhte wants to get people to work harder and at a lower wage in order to make higher profits. He is not simply a landowner, but a businessman actuated by the profit motive, who speculates on the price of foodstuffs. Unfortunately, the information provided by the letters

живи неколико људи, који су изгледа чланови његове породице: његова мајка и њена слушкиња, још једна особа, која је можда тетка, заједно са својом слушкињом, ...и његова деца (дечади и девојчице). Најстарији, Мерису, задужен је за људство и имање у очевом одсуству, али му изгледа ова дужност не доноси никакве правне или економске привилегије. Сви су плаћени у складу са тим колико раде, независно од узраста или пола. Ове плате су лична средства и као таква носе са собом финансијску одговорност. Ако, на пример, нека грла стоке нестану, њихова „цена“ биће одузета од оне деце која су за њих била задужена. Хеканакхте је волео да користи трговачку терминологију!

Али да видимо шта он сам каже, местимично уз одређену дозу огорчености, у писму упућеном његовој мајци и његовом сину Мерисуу. Он приговара „домаћинству“ то што нису спремно прихватили умањење исплата које је за њих одредио:

Видите, ви сте људи који једу док не буду сити... цела земља умире (од глади), али ви нисте гладни. Видите, ја сам дошао овде узводно и одредио ваша следовања на најбољи начин. Да ли ће поплава бити велика? Видите, наша ће примања (следовања) бити ограничена у складу са стањем изазваним поплавом.

Будите стрпљиви сви ви... Немојте се љутити због овога (ограничавања следовања). Видите, читаво домаћинство (третирам) као (своју) децу, али сва имовина је моја, а, као што кажу, боље је бити напола жив него одмах умрети... и видите... почели су да једу људе овде; видите, такве порције нису дате њима (тј. људима) (игде) другде. Будите (због тога) храброг срца док дођем до вас јер ћу овде провести *shoti* сезону (сезону жетве – прим. прев.)... Даћете мојим људима плату у складу са тим како обављају (свој) посао. О томе строго водите рачуна... будите веома марљиви, пошто једете моју храну... Ако ико од жена или мушкараца одбије овакве порције, нека дође овде к мени да живи како ја живим; али сигурно неће бити никога ко ће доћи овамо к мени.

Јасно је из ове преписке да Хеканакхте жели да извуче максимум из свог пољопривредног газдинства користећи ситуацију која можда није била тако алармантна како би он желео да је представи. Он изгледа спекулише у вези са тражњом за житарицама које продаје по доброј цени, а металом који добија заузврат он закупљује друга имања која експлоатише (користи) на исти начин. Стиче се утисак да Хеканакхте жели да натера људе да раде више за мање наднице како би имао већи профит. Он није напросто земљопоседник, него пословни човек кога покреће профит као мотив, и који спекулише ценом намирница. На жалост, информације које дају ова писма

is too summary for one to be able to determine the legal status of the members of the 'household' (or of the 'domain') with any precision.

At all events, the right of primogeniture, which, as we have seen, had become the rule after being introduced in the form of a testamentary provision from the Fourth Dynasty, fell into disuse. And consequently, in order to maintain the indivisibility of an estate set up as an endowment, Hapidjefai, nomarch and high priest of Siut in the Twelfth Dynasty, addresses his funerary priest as follows: 'May you watch over all my assets which I have placed in your charge, and of which this is the document. The one you shall favour among your children, and who shall act as funerary priest for me (after you), shall enjoy the usufruct of it, and he alone, under prohibition of sharing it out among his children, in accordance with this will which I have expressed to you.'

The same Hapidjefai drew up various contracts with the priesthood of the temple of Siut, all for the benefit of his personal cult. It has been said of one of these contracts that it was made between Hapidjefai in his capacity as a private individual, and the high priest, which he also was. But in fact it is with the high-priesthood of Siut that he, as nomarch and high priest, concludes an agreement relating to certain offerings which are to be made to his statue in the temple—on his side he makes over properties which he affirms are part of his patrimony and do not come from the 'house' of the nomarch—and thus he binds the high-priesthood for the future. The text adds that he agreed to this in the presence of the temple council, over which, as high priest, he presided at the time and which was thus answerable for the honouring of the agreement by future high priests.

Then again, a passage in Pap. Brooklyn 35. 1446 (beginning of the Thirteenth Dynasty, c. 1785 B.C.) shows the married woman enjoying a completely independent legal personality, in that she brings a lawsuit as plaintiff against her father in order to protect strictly private interests: 'My father has committed an irregularity (?). He had in his possession objects belonging to me and [which] my husband [had given me], but he (my father) made them over to his (second) wife Senebtisi. May I obtain restitution (thereof),'⁸ She is thus free to go to law without in any way being under marital authority.

The *imyt-pr* was, during the Old Kingdom, a deed of transfer by gift, but later became the generic term covering all kinds of conveyance: thus in Pap. Kahun ii. i (end of the Twelfth Dynasty), the plaintiff wishes to recover an outstanding debt inherited from his father and relating to a

8 W. C. Hayes, *A Papyrus of the Late Middle Kingdom in the Brooklyn Museum*, Brooklyn, 1955, pp. 114 f., pl. xiv; A. Théodoridès, *RIDA* vii (1960), 87–8, 92–3.

сувише су сажете да би се колико-толико прецизно могао одредити правни статус чланова домаћинства (или „поседа“).

У сваком случају, право примогенитуре које је, као што смо видели, постало опште правило након што су га у форми тестаменталне одредбе увели за време Четврте династије, престало је да се користи. Као последица тога, да би се одржала недељивост имања које је одређено као задужбина, Хапицефаи, номарх и високи свештеник Сијута за време Дванаесте династије, обраћа се свештеницима који су задужени за његов погреб на следећи начин: „Пазите на сва моја добра за која сам вас задужио и о којима говори овај документ. Онај кога одаберете међу вашом децом, а који ће бити мој погребни свештеник (после вас), биће плодоуживалац, само он, уз забрану дељења властитој деци, у складу са овим што сам вам саопштио.“

Тај исти Хапицефаи сачинио је разне уговоре са свештенством храма Сијута, а све споради одржавања његовог личног култа. За један од ових уговора каже се да је закључен између Хапицефаија као приватне личности, и њега као високог свештеника. Али у ствари он је, као номарх и високи свештеник, склопио уговор са високим свештенством Сијута у вези са одређеним понудама које је требало принети његовом кипу у храму – са своје стране он одређује имовину за коју потврђује да је део његовог власништва и не припада „кући“ номарха – обавезујући тако високо свештенство за убудуће. Текст додаје да се он са овим сагласио у присуству савета храма којим је, као високи свештеник, председавао у то време и који је био одговоран за поштовање овог споразума од стране будућих високих свештеника.

Са друге стране, један пасус у Папирусу из Бруклина (Рар. Brooklyn) 35.1446 (почетак Тринаесте династије, око 1785. п.н.е.) показује да удата жена ужива потпуно независан правни статус јер покреће парницу као тужилац против свога оца како би заштитила строго приватне интересе: „Мој отац је учинио нешто неправилно (?). Био је у поседу предмета који припадају мени и (које је) мој муж (дао мени), али их је он (мој отац) дао својој другој жени Сенебтиси. Желела бих да ми (исти) буду враћени.“⁸ Према томе, она има слободу да се позове на закон, а да при томе ни на који начин не дела под брачном влашћу.

За време Старог краљевства *imyt-pr* био је тапија којом се нешто даје на поклон, али је касније постао генерички термин који обухвата све врсте преноса: тако у Папирусу из Кахуна (Рар. Kahun) ii.1 (с краја Дванаесте династије), тужилац жели да наплати дуговање које је на-

8 W. C. Hayes, *A Papyrus of the Late Middle Kingdom in the Brooklyn Museum*, Brooklyn, 1955, pp. 114 f., pl. xiv; A. Théodoridès, *RIDA* vii (1960), 87–8, 92–3.

credit sale which had been concluded by *imyt-pr*. An *imyt-pr*, which provides for a unilateral transfer of property through arrangements consequent upon death, corresponds to what we know as a will. It is to be noted that the *imyt-pr* are made in the form of a declaration to the local council of th» srw (*sar: representatives of public authorities), who register it and send a minute to be kept in the vizieral archives. Transfers are sometimes accompanied by conditions (e.g. indivisibility or entailment). The taking of an oath is not required for the drawing up of an *imyt-pr* valid as a will, because it can be revoked, but it is necessary in the case of deeds which involve liabilities for the future.

An instance of this is to be found in Pap. Kahun vii. i,⁹ of which a translation and discussion here follow:

Year 39 (of Amenemhet III, Twelfth Dynasty, c. 1834 B.C.), the 4th month of (the season) *akhet*, the 19th day.

Deed of transfer (*imyt-pr*) which the 'phylarch' Mery-son-of-Inyotef, called Kebi, drew up in favour of his son Inyotef-son-of-Mery, called Iuseneb.

I transfer my office of 'phylarch' to my son Inyotef-son-of-Mery, called Iuseneb, on condition of his being for me 'a staff of old age', in that I have grown infirm. Let him be appointed to it immediately.

As for the deed of transfer which I drew up in favour of his mother previously, it is revoked; and as for my house situated in the region of Hatmadet (?), it is for the children who may be borne (*msy*) to me by Satnebetneninesu, the daughter of the guard of the councillor of the district, Sobekemhat, together with all that it contains.

List of the names of the witnesses present at the drawing up of this deed of transfer: (three names).

This *imyt-pr* annuls a previous deed with the same title which was a will, but it does not itself constitute a will, since it is expressly laid down by the wish of the settlor that it shall take effect immediately. It may be noted that the revocation applies only to the second part of the text and that, consequently, the first clause has nothing to do with it. But why then was it brought into the present *imyt-pr* of which the son is made beneficiary when it does not concern him, or so at least it would appear? What, in other words, was the *raison d'être* of the first *imyt-pr*?

Apart from his religious function, still a family affair at this period and so hereditary, the father reckoned among his assets a house and its furnishings. On his dying intestate, the whole would have passed to his

9 F. Ll. Griffith, *Hieratic Papyri from Kahun and Gurob*, pp. 29–31, pi. xi [= K. Sethe, *Aegyptische Lesestücke*, Leipzig, 1928, p. 90, ll. 1–11]; A. Théodoridès, *RIDA* v (1958), 38–43.

сlediо од свог оца у вези са продајом на кредит која је била закључена на основу *imyt-pr*. *Imyt-pr*, који регулше једнострани пренос имовине путем мера које се спроводе након нечије смрти, одговара ономе што ми познајемо као тестамент. Треба напоменути да се *imyt-pr* сачињава у форми изјаве локалном савету *srw* (**sar*: представници јавних власти), који их заводи и шаље белешку која ће се чувати у везирским архивима. Преноси су понекад праћени условима (нпр. недељивост оставине). Полагање заклетве није обавезно за састављање *imyt-pr* који ће важити као тестамент, јер се он може поништити, али је неопходно у случајевима тапија која се односе на дугове у будућности.

Пример за ово може се наћи у Папирусу из Кахуна vii.1⁹ чији превод и коментар следе:

Година 39. (Аменемхет III, Дванаеста династија, око 1834. п.н.е.), четврти месец (годишњег доба) *akghet*, деветнаести дан.

Тапија о преносу (*imyt-pr*) коју је „филарх“ Мери-син-Иниотефа, по имену Кеби, сачинио у корист свог сина Иниотефа-сина Меријева, по имену Јусенеб.

Преносим своју службу „филарха“ на свог сина Иниотефа-сина Мерија званог Јусенеб под условом да он мени буде „потпора у старости“ пошто сам занемоћао. Нека буде постављен на ту дужност одмах.

Што се тиче тапије о преносу коју сам сачинио раније у корист његове мајке, она се опозива; а што се тиче моје куће која се налази у области Хатмадет (?), она је, са свим што се у њој налази, за децу коју ће ми можда родити (*msy*) Сатнебетненинесу, ћерка чувара управитеља округа, Собекемхата.

Списак са именима сведока који су присутни приликом сачињавања ове тапије: (три имена).

Овај *imyt-pr* поништава претходну тапију истог наслова која је била тестамент, али не представља сам по себи тестамент пошто изричито наводи жељу онога ко га сачињава да одмах ступи на снагу. Може се приметити да се опозив односи само на други део текста и да сходно томе, прва клаузула са тим нема никакве везе. Али зашто је онда унета у овај *imyt-pr* којим се син проглашава наследником када се то на њега не односи, или барем тако изгледа? Другим речима, који је био *raison d' être* за први *imyt-pr*?

Осим своје религијске функције, која је у то време још увек била породична ствар, те самим тим и наследна, отац је у своју имовину рачунао и кућу са покућством. Ако би умро не оставивши тестамент, све би припало његовом сину, али он мора да је оставио легат својој

9 F. Ll. Griffith, *Hieratic Papyri from Kahun and Gurob*, pp. 29–31, pl. xi (=K. Sethe, *Aegyptische Lesetücke*, Leipzig, 1928, p. 90, ll. 1–11); A. Théodoridès, *RIDA* v (1958), 38–43.

son, but he must have made a legacy to his wife and it is this disposition which will have necessitated the drawing up of the first *imyt-pr*. It may be supposed that the will in question would have become void on the death of the legatee; in fact, it is by the present deed that the husband annuls his previous liberality. One wonders whether the revocation may not conceal a repudiation. At all events, the father speaks of the 'mother' of his son and not of his own wife; but neither does he give the title of wife to the second woman, though from the context it would seem unlikely that he had only an irregular relationship with her. It would be tempting to assume therefore that the deed was drawn up at the time of a remarriage. The form *msy(z)* would then be better taken as a prospective participle ('the children who *may be* born to me ...'), which would be consistent with the fact that the children of the second liaison are neither named nor even enumerated. By the terms of the first *imyt-pr* the legacy had evidently been entailed and the son named as beneficiary of his mother, and it is in this respect that he was affected by the revocation of the will.

It was not therefore because of the first wife that the previous *imyt-pr* was annulled (it would in fact have remained effective even after her death and the hypothesis of a possible repudiation would be pointless), but because the father, at the time of the apportionment which he now makes, is also concerned about the children he may have by the other woman. As he stipulates that his (eldest) son should serve him as 'staff of old age' (which amounts to saying that he has to make him a good allowance), the apportionment we have here would correspond, as Maspero noted, to what under the *Ancien Régime* was called a *démission de biens*.

Quite apart from the fact that the present deed modified, fundamentally, the terms of the first *imyt-pr*—a codicil would otherwise have been sufficient, as is clear from another Kahun papyrus¹⁰—the father was bound to draw it up because he was in fact transferring his assets before his death and because, moreover, as far as his eldest son was concerned, he was doing so conditionally.

The kings of the Twelfth Dynasty reconstituted the administrative system, with its unifying force. But the Hyksos invasion in the time known as the Second Intermediate Period (1678–1554 B.C.) must have afforded the great lords of Upper Egypt a new lease of independence, to the extent that the principate of El-Kab could still be regarded by its holder as a transferable patrimony. However, if during the seigneurial period which followed the Old Kingdom a prince was master of his province, this is no longer the case under the Seventeenth Dynasty. The prince has as his counterpart a

10 Pap. Kahun i.I, 14; cf. A. Théodoridès, *Annuaire de l'Institut de phil. et d'hist. orientales et slaves*, xiv (1954–7), 94; *RIDA* v (1958), 42–3; viii (1961), 52–3.

жени и због овог располагања је било неопходно да се сачини први *imyt-pr*. Може се претпоставити да би дати тестамент постао ништаван смрћу легатара; у ствари, новом тапијом супруг поништава оно што је претходно одредио као дар. Можемо се запитати да ли овај опозив указује на неко одрицање тј. одбацивање. У сваком случају, отац говори о „мајци“ свог сина, а не о својој жени; али он ни другој жени не даје титулу супруге, иако је на основу контекста мало вероватно да са њом има само неки незаконит однос. Некако се сама намеће претпоставка да је тапија сачињена у време новог склапања брака. Облик *msy(w)* би онда било боље схватити као потенцијал („деца коју би ми можда могла родити“), што би се поклопило са чињеницом да деца из ове друге везе нису поменута ни по имену, нити су побројана. По условима првог *imyt-pr* легат је очито био наведен, а син именован као наследник своје мајке и управо у том смислу се опозив тестаментa односи на њега.

Значи да претходни *imyt-pr* није поништен због његове прве жене (он би заправо остао на снази чак и након њене смрти, а хипотеза о могућем одбацивању била би бесмислена) него зато што се отац у тренутку када сачињава ову поделу брине за децу коју би могао имати са другом женом. Пошто одређује да његов (најстарији) син треба да му буде „потпора“ у старости (што је исто као да је рекао да треба да му даје пригодно издржавање), расподела коју овде имамо одговарала би ономе што се, како је приметио Масперо, под Ancien Régime (старим режимом) називало *démission de biens* (пренос добара).

Независно од чињенице да нова тапија потпуно мења услове првог *imyt-pr* – додаток би иначе био довољан, као што се јасно види из једног другог папируса из Кахуна –¹⁰ отац је морао да је сачини због тога што је своју имовину расподелио пре своје смрти и зато што је, штавише, у односу на његовог најстаријег сина тај пренос имовине био условљен.

Краљеви Дванаесте династије поново су успоставили административни систем, са овом његовом уједињујућом силом. Али инвазија Хиксосу у време познато под називом Други прелазни период (1678–1554. п.н.е.) мора да је донела великим господарима Горњег Египта нову независност до те мере да је владар кнежевине Ел-Каб још увек могао да на то гледа као титулу која се преноси са оца на сина. Међутим, уколико је за време властелинског периода који је уследио након Старог краљевства неки кнез био господар у својој провинцији, то више није био случај у време Седмнаесте династије. Кнез је као пандан имао војног заповедника који је директно зависио

10 Pap. Kahun i.1, cf. A. Théodoridès, *Annuaire de l'Institut de phil. et d'hist. orientales et slaves*, xiv (1954–7), 94; *RIDA* v (1958), 42–3; viii (1961), 52–3.

military chief directly dependent upon the king (Petrie, *Koptos*, pi. viii), and Pap. Berlin 10.470 shows us the vizier's administration introducing its legal machinery everywhere so as to centralize procedure.¹¹

... Such (therefore) are the prescriptions. See, the parchment from the vizier's office is brought to you, so that you may know all the measures (?) of justice in this (matter) ...

See that, having been interrogated, they (the interested parties) approve it, and also that they take oath on the matter. See that the prescriptions (of the rescript) are presented to the slave Senbet (the subject of the litigation). See that (a report) is sent so as to make it known to the prince of Elephantine ...

This is sent to make it known to them (that is to say, as instructions to the administrative officials of Elephantine).

The prince is kept informed of legal proceedings in his province, but he no longer controls them.

As regards slaves, who were not very numerous in Egypt—the reference here is not to prisoners of war—and who were bought and transferred from owner to owner like chattels, it is evident that they enjoyed a legal status which made them more like serfs. They could acquire property and bear witness at law, even against their masters...;¹² they seem also to have been able to marry easily with free individuals or to be adopted by them, so becoming free themselves, the process of manumission being unknown.¹³

Ahmoese, the founder of the Eighteenth Dynasty after the liberation of Egypt, rapidly completed the territorial and administrative unification.

Thanks to the 'Instructions' given by the king to his vizier we are familiar with the principles which inspired the royal works. Their composition must go back to the Thirteenth Dynasty, but the outstanding copy which we possess, that in the tomb of Rekhmire, dates from the Eighteenth Dynasty. There we find first a veritable ethic of viziership, in which it is laid down that justice is to be rendered in public and in such a way that every individual shall always secure his rights. To this end, appeal is made to a sense of equity and also, by implication, to jurisprudence, since it is pointed out that the records of all judgements are kept in the vizier's archives, where they could certainly have been consulted"¹⁴

... See, if a petitioner presents himself, from south or north, (in a word) from anywhere in the country, equipped (with his papers?), seeking an audi-

11 P. C. Smither, *JEA* xxxiv (1948), 31–4, pls. vii–viii; A. Théodoridès, *RIDA* vi (1959), 131 f.

12 A. Bakir, *Slavery in Pharaonic Egypt*, Cairo, 1952, pp. 84 f.

13 A. Théodoridès, *RIDA* xii (1965), 79–142.

14 R. O. Faulkner, *JEA* xli (1955), 18–29; A. Théodoridès, *RIDA* xiv (1967), 148–51-

од краља (Petrie, *koptos*, pl.viii), а Папирус из Берлина 10.470 показује да је администрација везира своју правну машинерију уводила свуда како би централизовала процедуре.¹¹

...Таква су (стога) упутства. Видите, пергамент из везировога уреда вам је донет зато да бисте знали све мере (?) које право предвиђа у овој (ствари)...

Постарајте се да се, након што су испитани, они (заинтересоване стране) слажу са тим, као и да су се заклели у вези са тим. Постарајте се да инструкције дате робу Сенбету (предмет спора). Видите да је (извештај) послат да би са тим упознао кнеза Елефантинеа...

Ово се шаље да им се обзнани (што ће рећи, као упутство званичницима управе Елефантинеа).

Кнеза обавештавају о правним поступцима у његовој кнежевини, али он више нема контролу над њима.

Што се тиче робова, којих није било много у Египту – ово се не односи на ратне заробљенике – и који су куповани и преношени са једног власника на другог као приватна својина, очигледно је да су уживали правни статус који је више наликовао положају кметова. Могли су стицати имовину и сведочити пред законом, чак и против својих господара...;¹² изгледа да су такође могли да слободно склапају бракове са слободним грађанима или да буду усвојени, постајући тако и сами слободни, пошто је процес ослобађања из ропства био непознат.¹³

Ахмосе, оснивач Осамнаесте династије после ослобођења Египта, брзо је довршио територијално и административно уједињење.

Захваљујући „Упутствима“ које је краљ дао свом везиру, познати су нам принципи који су инспирисали краљев рад. Они мора да су сачињени још за време Тринаесте династије, али сачувани примерак који поседујемо, онај из гроба Рекхмире, потиче из времена Осамнаесте династије. Ту по први пут наилазимо на истинску етику везирског управљања, у којој се каже да се правда дели јавно и то на такав начин да сваки појединац увек оствари своја права. У циљу тога апелује се на осећај за правичност а такође, имплицитно, и јуриспруденцију, пошто се истиче да се записи са свих суђења чувају у архивама везира, где свакако могу да се консултују.¹⁴

...Видите, ако се молилац појави са југа или севера, (једном речју) из било ког краја земље, и донесе (своја документа?) тражећи пријем

11 P. C. Smither, *JEA* xxxiv (1948), 31–4, pls. vii–viii; A. Théodoridès, *RIDA* vi (1959), 131 f.

12 A. Bakir, *Slavery in Pharaonic Egypt*, Cairo, 1952, pp. 84 f.

13 A. Théodoridès, *RIDA* xii (1965), 79–142.

14 R. O. Faulkner, *JEA* xli (1955), 18–29; A. Théodoridès, *RIDA* xiv (1967), 148–51.

ence at the vizier's office, take care that you judge every case in conformity with the provisions of the law and (also) judge every case with the correctness which is proper to it, [giving every person] his rights.

See, with regard to the magistrate who gives judgement in public the water and the wind report on all that he does. And if he does something unjust ...

See, it is the refuge of the magistrate to judge cases in conformity with the instructions and by putting into execution what has been decided. A petitioner who has received judgement [should not say: 'I have] not [been given my rights'].

See, it is a maxim found in the 'collection of Memphis' ... Beware of that with which they reproached the vizier Khety, namely that he dealt unfavourably with his kindred to the advantage of strangers, fearing that it might be said of him: 'He [judges] with partiality' ... that is more than justice. Do not (therefore) judge [inconsistently]; the abomination of the god (i.e. the king) is partiality.

Such is the doctrine (*sbtj*f. 'instruction'). You must act accordingly: you shall look upon him who is known to you in the same way as him who is unknown to you; him who is close to you in the same way as him who is far from you ... Do not send a petitioner away before giving attention to his words. If there is a petitioner who has recourse to you, do not [reject] what he says, arguing that it must have been said (already); you shall dismiss him (only) after letting him hear the reason why you dismiss him, for it is maintained that a petitioner would rather that you pay attention to what he says than see judgement given on that for which [he has] come.

Do not be angry with a man without justification; be angry (only) because of that for which there is reason to be angry. Inspire fear of yourself, so that you are feared, for he is (truly) magistrate, the magistrate who is feared. But the reputation of a *magistrate* lies in his practising justice; and if a man makes himself feared excessively, there is something of injustice in him in the opinion of people who cannot say of him: 'He is a man' (in the fullest sense of the word) ... As for the office in which you hold audience, it includes a large room which contains [the records] of [all] the judgements, for he who must practise justice before all men is the vizier ... Do not act as you please in cases where the law to be applied is known ...

The whole of the first section of the text of the 'obligations of the vizier' deals with the jurisdictional rights of this highest official in administrative matters:¹⁵

Now with regard to the general procedure of the vizier holding audience in his office: whosoever [is not] perfect in any service (?) ought to be

15 N. de G. Davies, *The Tomb of Rekh-mi-rêr at Thebes*, i, New York, 1953, p. 91; W. C. Hayes, *A Papyrus of the Late Middle Kingdom in the Brooklyn Museum*, Brooklyn, 1955, pp. 40–1; H. W. Helck, *Zur Verwaltung des mittleren und neuen Reichs*, Leiden–Köln, 1958, pp. 33–4; A. Théodoridès, *RIDA* vi (1959), 120–1; vii (1960), 135.

код везира, водите рачуна да у сваком случају судите у складу са одредбама закона, као и да судите у сваком случају коректно (дајући сваком лицу) његова права.

Видите, што се тиче судије који изриче пресуду у јавности, вода и ветар извештавају о свему што он ради. А ако учини нешто што је неправично...

Видите, олакшање је за судију да у случајевима суди у складу са упутствима и да извршава оно што је већ одлучено. Молилац који је добио пресуду (не би требало да каже: „(Ја) нисам (остварио своја права)“.

Видите, ово је максима која се налази у „Збирци из Мемфиса“...

Чувајте се онога за што су укорили везира Кетија (Khetu), због тога што је, наиме, своје рођаке третирао неповољније него странце страхујући да би се за њега могло рећи: „Он пристрасно (суди)“... то је више него правда. Немојте (стога) судити (недоследно); бог (тј. краљ) се гнуша пристрасности.

Таква је доктрина (*sbryt*: „упутство“). Морате поступати у складу са њим: морате гледати на онога кога познајете исто као на оног ко вам је непознат; на онога ко вам је близак на исти начин као на онога ко вам је далек...

Немојте отпослати молиоца пре него што посветите пажњу његовим речима. Ако вам се неки молилац поново обрати, немојте (одбацити) оно што каже, говорећи да је то већ речено; морате га отпустити (тек) када му омогућите да чује разлог из кога га отпуштате, јер је познато да би молилац радије да обратите пажњу на оно што он каже него да чује суд о ономе због чега (је он) дошао.

Немојте се љутити на човека без разлога; љутите се (само) због онога што представља разлог за љутњу. Уливајте страх, тако да вас се плаше, јер је (прави) судија онај судија кога се плаше. Али репутација судије лежи у његовом спровођењу правде; а ако човек наведе друге да га се претерано плаше, има нешто неправедно у вези са њим, по мишљењу људи, који не могу да за њега кажу: „Он је човек“ (у најпотпунијем смислу те речи)... Што се тиче службене просторије у којој примате странке, она треба да има једну велику просторију која садржи (записнике) са (свих) суђења, јер онај ко мора да дели правду пред свим људима јесте везир... Не поступајте самовољно у случајевима где је познат закон који треба применити....

Читав први одељак текста о „обавезама везира“ бави се надлежностима овог највишег званичника у погледу административних ствари:¹⁵

А сад, што се тиче општег поступка одржавања аудијенције (пријема) код везира у његовом уреду: ко год (не) обавља било коју службу

15 N. de G. Davies, *The Tomb of Rekh-mi-rêr at Thebes*, i, New York, 1953, p. 91; W. C. Hayes, *A Papyrus of the Late Middle Kingdom in the Brooklyn Museum*, Brooklyn, 1955, pp. 40–1; H. W. Helck, *Zur Verwaltung des mittleren und neuen Reichs*, Leiden–Köln, 1958, pp. 33–4; A. Théodoridès, *RIDA* vi (1959), 120–1; vii (1960), 135.

heard by (the vizier) with regard to the matter; he who does not then himself put from him the fault (which has been committed) after he (the vizier) has heard the circumstances shall be entered in the register of malefactors which is kept in the great prison, and it shall be the same for him who does not put from him the fault (committed) against the (vizier's) messenger.

In case of backsliding on their part, the first thing to be done is to send their criminal record to the vizier. The same text then deals with civil cases relating to land transactions in the country, for all land registration comes within the vizier's jurisdiction. That is why the *imyt-pr* have to be sent to him.

In relation to judicial procedure one may cite a papyrus dated in the reign of Thutmose III (Eighteenth Dynasty, c. 1490–1436 B.C.) where, although the first part is damaged, there is preserved the conclusion of a case under review in which the petitioner's appeal is dismissed. The statement given as to the grounds of the decision embraces the factors taken into consideration, followed by the legal basis of the sentence and the enacting terms, in which we find the time-honoured formula: 'A is right, B is wrong.' It is apparent from this report that the law invoked envisaged respect for the *res judicata*. It made provision for a 'hundred strokes' for any reckless litigant.¹⁶

It is to be noted that there was no higher jurisdiction to which appeal could be made against a judgement pronounced by an inferior court. It was the same tribunal or court which reviewed the cases in the light of fresh evidence, although perhaps the assessors were not the same (?).

During the reign of Ramesses II (Nineteenth Dynasty, c. 1290–1224 B.C.), a scribe of the treasury of Ptah at Memphis, called Mes, had likewise lodged an appeal, which in his case was allowed.¹⁷ The military benefice given to his ancestor Neshi by the king Ahmose should have been kept as a joint property, but its transmission provoked disagreement, for out of personal interest all members of the family had soon claimed their individual share, which, notwithstanding the terms of the constitutive clause, they were allowed to have by the vizieral court under Horemheb (end of the Eighteenth Dynasty). However, at the time of these difficulties and of the division finally achieved, irregularities crept into the procedure, to the extent that the mother of Mes found herself dispossessed of the share which should have come to her – the land-registration documents

16 W. Spiegelberg, *ZÄS* lxiii (1928), 105–15; E. Seidl, *Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte*, pp. 25, 38; A. Théodoridès, *RIDA* xiv (1967), 126–7.

17 A. H. Gardiner, *The Inscription of Mes: A Contribution to the Study of Egyptian Judicial Procedure*, Leipzig, 1905 (*Unt.* iv, Heft 3).

како треба (?) везир треба да га саслуша у вези са тим; онај ко се не огради од грешке (коју је починио) након што он (везир) испита околности, биће унет у регистар прекршилаца који се чува у великом затвору, а исто ће важити и за онога ко се не огради од (почињене) грешке пред (везиоровим) гласником.

У случају њиховог повратништва, прво што треба учинити јесте да се њихов кривични досије пошаље везиру.

Овај исти текст надаље се бави грађанским случајевима везаним за земљишне трансакције у држави, јер је регистрација све земље потпадала под јурисдикцију везира. Због тога су се *imyt-pr* морали слати њему.

Што се тиче судског поступка, можемо навести папирус који потиче из времена владавине Тутмеса III (Осамнаеста династија, око 1490–1436. п.н.е.), а у коме је, мада је први део оштећен, сачуван закључак једног разматраног случаја у ком се одбацује жалба туђиоца. Изјава која даје основ за овакву одлуку обухвата све факторе који су узети у обзир, након чега следе правни основ за одлуку и услови правоснажности, у којима налазимо и традиционалну формулу: „А је у праву, Б није у праву.“ Из овог извештаја је јасно да закон на који се позива предвиђа поштовање за *res judicata*. Он прописује „стотину удараца“ за сваког неодговорног парничара.¹⁶

Треба напоменути да није било више инстанце којој би се могла уложити жалба на пресуду коју је донео неки нижи суд. Исти трибунал или суд преиспитује случајеве у светлу нових доказа, иако су можда одлучивале друге судије (?).

За време владавине Рамзеса II (Деветнаеста династија, око 1290–1224. п.н.е.), писар ризнице (бога) Птаха у Мемфису, по имену Мес, исто је тако поднео жалбу, која је у његовом случају уважена.¹⁷ Имовина коју је краљ Ахмосе дао као награду за војну службу његовом претку Нешију требало је да буде сачувана као заједничка имовина, али је њен пренос довео до спора, јер су, заступајући личне интересе, сви чланови породице ускоро затражили свој део, који су, без обзира на услове из конститутивне клаузуле, могли да добију на основу одлуке везиоровог суда за владавине Хоремхеба (крај Осамнаесте династије). Међутим, у време када су наступиле ове тешкоће и када је подела коначно постигнута, дошло је до неправилности у току поступка и то до те мере да се Месова мајка нашла у ситуацији да јој

16 W. Spiegelberg, *ZÄS* lxiii (1928), 105–15; E. Seidl, *Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte*, pp. 25, 38; A. Théodoridès, *RIDA* xiv (1967), 126–7.

17 A. H. Gardiner, *The Inscription of Mes: A Contribution to the Study of Egyptian Judicial Procedure*, Leipzig, 1905 (*Unt.* iv, Heft 3).

and the archives had been falsified even in the registry of the central administration!

Mes, in asserting his claims, had to begin by lodging a petition with the vizier, in which he set out the grounds for them. When this petition had been declared admissible and notified to the defendant, who in turn made known his own case, and after each had replied, the vizier opened the hearing. He directed the proceedings, beginning in all probability by making known the arguments of the two parties, questioning them, referring to the evidence, and reserving the right to require fuller information. The vizier presided over the court (there was not normally only one judge in Egypt), but was not acting simply as an arbiter; he was the defender of the pharaonic order.

There were no professional lawyers pleading instead and in place of their clients, but legal representation was known, and there must, moreover, have been specialized scribes who placed themselves at the disposal of the interested parties.

At the close of his plea, which is remarkable, Mes marshals his arguments very methodically, demanding that his rights to the property in dispute be recognized, even though his mother's name does not figure in the appropriate registers. He undertakes to prove that these have been falsified, by citing evidence in confirmation and by producing an earlier *procès verbal*. From this it may be inferred that in Egypt legal decisions were made on the basis of documentary proof, supported by witnesses' evidence.

As regards criminal justice, local councils—and likewise the workers' council of the Theban necropolis—were as competent as in civil matters, but only up to a certain point. Thus it is that a particular case examined by the workers' council is expressly stated to fall within the competence of the vizier so far as the judgement is concerned.¹⁸

It is important to note that when the council of the Theban necropolis sat as a tribunal its members were called *srw* (**sar*), like the highest government officials. The humblest workman¹⁹ was at this moment and by the authority of the vizier charged with a small part of the executive power. The vizier, for his part, was the supreme representative of the king, the *sr par excellence*, and remained so, except, of course, in the event of dismissal.

But powerful law officer though he was, it occasionally happened that the vizier himself was not qualified to pronounce judgement. In the most

18 Ostr. Nash I (= Ostr. B. M. 65930) vs. 14–15 (J. Černý and A. H. Gardiner, *Hieratic Ostraca*, i, pl. xlvi, 2).

19 J. Černý, *ASAE* xxvii (1927), 183 f.; *From the Death of Ramesses III to the End of the Twenty-first Dynasty* (CAH², ii, Ch. XXXV), pp. 21–2.

буде одузет део који је требало да јој припадне – земљишна документа и архива фалсификовани су чак и у регистру централне управе!

Како би поткрепио своје захтеве, Мес је покренуо поступак улажући жалбу код везира у којој је изложио основ за своја права. Када је ова жалба прихваћена и када је о њој обавештен оптужени, који је поднео противужбу, и након што је на обе одговорено, везир је отворио суђење. Он је управљао поступком, највероватније тако што је отпочео упознавањем обе стране са аргументима супротне, испитивањем, позивањем на доказе, и задржавањем права да захтева потпуније информације. Везир је председавао судом (у Египту обично није судио судија појединац), али није поступао само као арбитар; он је био бранилац фараонског поретка.

Није било професионалих адвоката који би заступали своје клијенте, али је правно заступање било познато, а мора да су, штавише, постојали специјализовани писари који су се стављали на располагање заинтересованим странкама.

У закључку своје молбе, која је изузетна, Мес износи своје аргументе врло методично, захтевајући да његова права на спорну имовину буду призната, иако се име његове мајке не јавља у одговарајућим регистрима. Он настоји да докаже да су они фалсификовани, наводећи доказе који то потврђују и позивајући се на ранији *procès verbal* (писмени докази који поткрепљују његову тврдњу – прим. прев.). Из овога се види да су се у Египту судске одлуке доносиле на основу писаних доказа, које су поткрепљивале изјаве сведока.

Што се кривичног права тиче, локална већа – а исто тако и радничка већа у тебанским некрополама – била су надлежна као и у грађанским стварима, али само до одређене границе. Тако се за неки случај који је разматрало радничко веће изричито наводи да спада у надлежност везира у погледу изрицања пресуде.¹⁸

Важно је напоменути да су се чланови већа тебанских некропола, када су заседали као трибунал, називали *srw* (**sar*), попут највиших државних службеника. И најскромнији радник¹⁹ у том тренутку је по везировом овлашћењу имао мали удео у извршној власти. Везир је, са своје стране, био највиши представник краља, *sr par excellence*, а то је и остајао, изузев, наравно, у случају када би био отпуштен.

Али иако је био моћан представник закона, повремено се дешавало да ни сам везир није стручан да донесе пресуду. У најтежим случаје-

18 Ostr. Nash I (= Ostr. B. M. 65930) vs. 14–15 (J. Černý and A. H. Gardiner, *Hieratic Ostraca*, i, pl. xlvi, 2).

19 J. Černý, *ASAE* xxvii (1927), 183 f.; *From the Death of Ramesses III to the End of the Twenty-first Dynasty* (CAH², ii, Ch. XXXV), pp. 21–2.

serious cases, such as crimes of pillage in the royal necropolis, it appears to have been on royal indictment that the vizier instituted public proceedings. He began by appointing a commission of inquiry, which inspected the scene of the crime and reported its conclusions. The suspects, after being arrested and imprisoned, appeared before the court, which apart from the vizier was composed of high officials, who must have been endowed with judicial authority *ex officio*.

To complete the preliminary investigation, the vizier ordered a re-examination, with a visit to the scene of the crime, in which he took part. The preliminary investigation being then at an end, the conclusions were set down in writing, with the charges upheld against the guilty; while as regards the others the vizier was competent to dismiss the case. The file was sent by the court to the king, and those who had been convicted were held in prison 'until Pharaoh should decide their punishment'. Thus, after an examination of *questions of fact* under the direction of the vizier, the king,²⁰ doubtless with his privy council, of which the vizier might be a member, judged the case in *law* and imposed the penalty.

At the stage of the preliminary investigation, the accused had the right to defend themselves as best they could (though without the help of lawyers, as stated), by producing witnesses to exculpate them, and even on occasion by requesting additional inquiries.

It may be added that some cases were tried by extraordinary means. Thus, after the plot hatched against his person, Ramesses III (Twentieth Dynasty, c. 1190–1158 B.C.) appointed a special commission, instructing its members to judge the guilty severely but justly, and without referring the matter to him. In this way, the special tribunal which the king set up was delegated with a discretionary power of life and death. This is made clear by the text itself (the 'Judicial papyrus of Turin'), which indicates that it was the magistrates that had brought the case against the guilty who then inflicted their punishment. Usually in criminal cases authority for the examination of a case was distinct from authority to pass judgement.

Several papyri found in the region of the Faiyum constitute what might be called the 'Messuia dossier', from the name of the individual cited therein.²¹ This Messuia, a cowherd, is frequently approached by the

20 According to Pap. Abbott (T. E. Peet, *The Great Tomb Robberies of the Twentieth Egyptian Dynasty*, Oxford, 1930, pp. 37 f.) and Pap. Leopold II—Amherst (J. Capart, A. H. Gardiner, and B. van de Walle, *JEA* xxii (1936), 169 f.).

21 The extant documentation provides us with seven deeds covering the period from year 27 of Amenhotpe III to year 4 of Amenhotpe IV (first half of the fourteenth century B.C.). These are preserved in Pap. Berlin 9784 and 9785 and Pap. Gurob ii. 1 and ii. 2 (A. H. Gardiner, *ZÄS* xliii (1906), 27 f.; J. Pirenne and B. van de Walle, *Archives d'histoire du droit oriental*, i (1937), 17 f.; A. Théodoridès, *RIDA* xv (1968), 39–104).

вима, као што су разбојничка дела у краљевској некрополи, изгледа да је везир покретао јавни поступак по краљевској оптужници. Он би почињао тако што би именовао истражну комисију која је вршила увиђај на месту злочина и извештавала о својим закључцима. Осумњичени би се, након што би били ухапшени и стављени у притвор, појављивали пред судом који су, поред везира, чинили високи званичници, чије су дужности вероватно обухватале и судску надлежност *ex officio*.

Да би заокружио прелиминарну истрагу, везир би наредио поновну истрагу, уз посету месту злочина у којој би и сам учествовао. Прелиминарна истрага би тако била завршена, а закључци дати у писаној форми и оптужбе опстале против оног ко је крив; док би у погледу других везир имао надлежност да одбаци случај. Суд би овај документ упућивао краљу, а они који су осуђени били би задржани у затвору „док фараон не одлучи о њиховој казни“. Тако је, након испитивања и утврђивања чињеница под руководством везира, краљ,²⁰ несумњиво са својим крунским саветом, чији би члан могао бити и везир, пресуђивао по закону и изрицао казну.

У фази прелиминарне истраге, оптужени су имали права да се бране најбоље што могу (мада, као што је већ речено, без помоћи адвоката), доводећи сведоке да их ослободе кривице, па чак повремено и захтевајући додатну истрагу.

Можемо додати да је у неким случајевима поступак вођен уз коришћење ванредних средстава. Тако је, након завере која је скована против њега, Рамзес III (Двадесета династија око 1190–1158. п.н.е.) именовао специјалну комисију, налажући њеним члановима да кривцима суде строго, али правично и без упућивања случаја њему. На овај начин је специјални трибунал који је успоставио краљ добио дискреционо право да одлучује о животу и смрти. Ово се објашњава у самом тексту („Судски папирус из Торина“) у коме се наводи да су судије које су судиле у случају против окривљених онда и извршавале казну. У кривичним случајевима било је уобичајено да различити органи буду задужени за истрагу и за доношење пресуда.

Неколико свитака папируса пронађених у области Фајума представљају оно што би се могло назвати „Досије Месуиа (*Messuia*)“ по имену човека који се у њима помиње.²¹ Тај Месуиа, иначе говедар,

20 Према Pap. Abbott (T. E. Peet, *The Great Tomb Robberies of the Twentieth Egyptian Dynasty*, Oxford, 1930, pp. 37 f.) и Pap. Leopold II-Amherst (J. Capart, A. H. Gardiner, and B. van de Walle, *JEA* xxii (1936), 169 f.)

21 Постојећа документација нуди нам неколико тапија које покривају период од 27. године владавине Аменхотепа III до 4. године Аменхотепа IV (прва половина четрнаестог века п. н. е.). Оне су сачуване у Pap. Berlin 9784 и 9785 и Pap. Gurob ii.1 i ii.2. (A. H. Gardiner, *ZÄS* xliii (1906), 27 f.; J. Pirenne и B. van de Walle, *Archives d'histoire du droit oriental*, i (1937), 17 f.; A. Théodoridès, *RIDA* xv (1968), 39–104).

local people, who—save for the time when the herdsman Nebmehyt offers him three arourae of land—propose to sell him ‘days (of work)’ of slaves. Thus the same Nebmehyt says to Messuia on another occasion: ‘Hand over to me the price of the four days (of work) to be done by the (female) slave Henut.’ All the agreements for ‘hire of services’ are executed in the form of a sale of labour, and we are provided with a clause of guarantee given under oath—since it consists of an undertaking for the future. The guarantee provides for compensation in case the work cannot be done as agreed. The papyri do not always give the contracts themselves, but copies of deeds of discharge which certify among other things that the undertakings entered into have been adhered to.

It is interesting to note that the cowherd Messuia delivers as ‘payment’ for the ‘days (of work)’ which he buys not only oxen, cows, calves, and other kinds of small cattle, but also grain, metal (silver, bronze), and fabrics or clothes, from which it would appear that he probably managed an agricultural enterprise, with an annexe devoted to weaving. But why did he not engage on a more permanent basis the menial labour upon which he relied?

It may be observed that the work of the slave Kharyt, like that of the slave Henut already mentioned, is offered to Messuia by different people. From this Gardiner deduced that slaves could easily change hands, unless one were to assume that there was a question of co-ownership. In fact, in one of the papyri of the Messuia we read: ‘Have me some cattle delivered, and I will pay you what may be due by means of Maatnofret, the slave *who belongs to me*’—a formula which is repeated on the four occasions when the slave Maatnofret is mentioned. There can be no doubt that she does in fact constitute a private property.²² Since such indication of ownership never occurs in the case of the slaves Henut and Kharyt, and since the days of work to be furnished by them are always few in number (2, 4, 6: the reading is not certain in a case of ‘17’ days), one may be justified in asking whether these slaves did not rather belong to a town²³ or to some other community, being then placed at the disposal of the inhabitants at the rate of so many days per month or year. It would then be their right to

22 At least she is alleged to be such, for some irregularity, not explicitly stated, gave rise to the lawsuit related in Pap. Berlin 9785 (A. Théodoridès, *RIDA* xv (1968), 74 f., 99–100).

23 In this connection it may be recalled that in Pap. Berlin 10.470 (seventeenth century B.C.), the over-all interpretation of which is very difficult, a slave-girl who has more than one owner is in process of becoming the property of ‘the town’ of Elephantine (P. C. Smither, *JEA* xxxiv (1948), 31–4).

често је имао понуде локалних становника да му продају „(радне) дане“ робова – изузев једанпут када му је гонич крда Небмехит понудио три аруре земље. Тако је исти овај Небмехит једном другом приликом рекао Месуиу: „Дај ми цену за четири (радна) дана робиње Хенут.“ Сви уговори везани за „изнајмљивање услуга“ извршавају се у форми продаје рада и имамо клаузулу о гаранцији која се даје под заклетвом – пошто садржи неко обављање посла у будућности. Гаранција се односи на компензацију за случај да се посао не може обавити као што је договорено. Свици не садрже увек саме уговоре, него копије потврде о обављеној дужности којима се између осталог потврђује да је уговорени ангажман испоштован.

Занимљиво је приметити да гонич говеда Месуиа на име „плаћања“ за „(радне) дане“ које купује даје не само волове, краве, телад и другу, ситну стоку, него и жито, метал (сребро и бронзу) и тканине или одећу, из чега би се могло закључити да је вероватно управљао пољопривредним газдинством које је као додатну делатност имало и ткање. Али зашто он ту просту радну снагу на коју се ослањао није ангажовао на трајнијем основу?

Може се запазити да је рад роба Карита, као и већ поменуте робиње Хенут понуђен Месуиу од различитих људи. Из овога Гардинер закључује да су робови могли лако мењати власника, осим ако би се претпоставило да је у питању било сувласништво. Заправо, у једном од свитака који се односе на Месуиа можемо прочитати: „Испоручи ми нешто стоке, а ја ћу ти платити колико треба путем Маатнофрет, робиње која ми *ḥrīyada*“ – формулација која се понавља на четири места где се помиње робиња Маатнофрет. Нема сумње да је она заправо представљала приватно власништво.²² Пошто оваква индикација власништва никада није употребљена за робове Хенуту и Карит, и пошто су дани рада које они треба да обаве увек малобројни (два, четири, шест: није сигурно да ли је добро протумачено „седамнаест дана“ у једном случају), оправдано је запитати се да ли су можда ови робови припадали граду²³ или некој другој заједници и били стављани на располагање становницима на толико и толико дана месечно или годишње. Онда би ово право на радне дане робова

22 Или се барем тврди да јесте, пошто је дошло до неке несугласице, која није јасно наведена у Pap. Berlin 9785 (A. Théodoridès, *RIDA*, xv (1968), 74 f., 99–100).

23 У вези са овим можемо се подсетити да у Pap. Berlin 10.470 (седамнаести век п.н.е.), чије је тумачење у целости веома тешко, једна млада робиња која има више од једног власника постаје власништво „града“ Елефантина (P. C. Smither, *JEA* xxxiv (1948), 31–4).

days of the slaves' work that the inhabitants of the Faiyum were selling to Messuia,²⁴ and it was up to him to make something out of it.

Now, it is the words *hm*, 'slave', and *hrw*, 'day (of work)', that are here used to designate the corresponding rights,²⁵ and it is likewise evident from the testamentary dispositions known from Pap. Turin 2021 that *rdi*, to 'give' or 'surrender' a thing, is similarly employed to express the giving up of a right²⁶ over a particular thing, and that *irl shr*, lit. 'make a plan', is used of dispositions made by an individual and of the sanction or legality which the vizieral authority gives them. Everyday vocabulary could therefore embrace legal notions, with the result that one must beware of concluding from the apparent absence of technical terms that there were no juridical concepts.

Thus, the word *snh*, which has been noted only in the concrete sense of 'tie' or 'bind', is undoubtedly used with the legal meaning of 'obligation' in an ostrakon of year 3 of Ramesses IV (Twentieth Dynasty): '(The pot of fresh fat which I am buying), I will repay you for it in barley, through the agency of this my brother whom one has the right to pursue in order to acquit (lit. "loose") my obligation.' In the event, the brother in question did not respect the agreement for which he was surety, and it was the buyer himself who was pursued. The reference he had made to his brother had not therefore freed him from the debt, but the brother may none the less be considered as a guarantor, and we thus touch upon one aspect of personal security in ancient Egypt²⁷—not forgetting that we seem also to find indications of real securities.

In the relations of the Egyptians with foreigners, rules of law also came into being, perhaps from an early period, although the date cannot be fixed. The interested states created the basis of international law, beginning with the mutual recognition of their gods, which amounted to admitting divine sanction as a guarantee of pacts and contracts. It is in this spirit that the *entente* between the Hittites and the Egyptians was concluded in the time of Ramesses II (c. 1270 B.C.). The instrument of the treaty had been prepared, discussed, and exchanged through diplomatic

24 It may be noted, similarly, that workmen of the Theban necropolis, at whose service the administration placed female slaves for certain household duties, sometimes sold their colleagues 'days (of work)' to which they were entitled from the slaves, in order to make some profit (information kindly supplied by Prof. J. Černý).

25 In Ostr. Gardiner 90 a father cedes to his son 'all the *days*' of the slaves whom he himself has obtained from his mother and 'who are in the town'. For the son it must mean the right to collect whatever the work of the slaves brings in, though they themselves remain the property of the father (J. Černý and A. H. Gardiner, *Hieratic Ostraca*, i, pl. li, 2).

26 Cf. A. Théodoridès, *RIDA* xi (1964), 69, n. 75; *JEA* liv (1968), 149–54.

27 Ostr. Chicago (Or. Inst.) 12.073, 3 (J. Černý and A. H. Gardiner, *Hieratic Ostraca*, i, pl. lxxvii; A. Théodoridès, *RIDA* xv (1968), 44–55).

становници Фајума продавали Месуиу,²⁴ а на њему је било шта ће да уради са тим.

Овде се речи *hm* (роб) и *hrw* (радни дан) користе да означе одговарајућа права,²⁵ такође, из тестаменталних одредби познатих из Туринског папируса 2021, види се да *rdi*, израз за „дати“ или „предати“ неку ствар, може слично да се употреби да изрази уступање права²⁶ на одређену ствар, а да се *iri shr*, дословно „направити план“, користи за располагање које је право појединца и за овлашћење које му даје везир. Свакодневни вокабулар могао је тако садржати правне појмове, из чега произилази да је потребан опрез при закључивању да није било правних концепата само зато што наизглед нема стручних термина.

Тако реч *snh*, која се јавља само у конкретном смислу „везивања“ или „везе“ несумњиво има правно значење облигације у једном остракону (плочици) из треће године владавине Рамзеса IV (Двадесета династија): „(Гуп свеже масти који купујем) платићу вам јечмом, уз посредовање мог брата кога имате право гонити да би се извршила (досл. одрешила) моја обавеза.“ У том случају, поменути брат није поштовао договор за који је био гарант, али купац лично био је гоњен. Помињање његовог брата не ослобађа га дуга, али се брат свеједно може сматрати гарантом, што нас доводи до једног аспекта личног осигурања у старом Египту²⁷ – иако не заборављамо да наизглед има индикација да су постојале и хипотеке.

У односима између Египћана и странаца такође су постојала законска правила, можда још из раног периода, иако се датум не може прецизно одредити. Заинтересоване државе креирале су основ међународног права почевши од узајамног признавања богова, што је значило признавање божанског закона као гаранције за пактове и уговоре. Управо је у овом духу савез Хетита и Египћана закључен у време Рамзеса II (око 1270. п.н.е.). Инструмент споразума био је припремљен, разматран и размењен дипломатским каналима; сачувана

24 Слично томе, може се напоменути да су радници у тебанским некрополама, којима је управа додељивала робине за одређене послове у домаћинству, понекад продавали својим колегама „(радне)“ дане на које су имали право да би остварили профит (ову информацију је љубазно дао проф. J. Černý).

25 У Ostr. Gardiner 90, отац уступа сину „све дане“ робова које је сам добио од своје мајке и „који су у граду“. За сина ово мора да значи право да располаже радом робова, иако они остају у власништву оца (J. Černý и A. H. Gardiner, *Hieratic Ostraca*, i, pl. li, 2).

26 Cf. A. Théodoridès, *RIDA*, xi (1964), 69, n. 75; *JEA* liv (1968), 149–54.

27 Ostr. Chicago (Or. Inst.)12.073, 3 (J. Černý и A. H. Gardiner, *Hieratic Ostraca*, i, pl. lxxvii; A. Théodoridès, *RIDA* xv (1968), 44–55).

channels; the Hittite version survives, drawn up in Akkadian, and some copies of the hieroglyphic version.²⁸

The fundamental clause of non-aggression which the treaty contains is strengthened by a defensive alliance, and the text provides, on the part of each of the states, for the extradition of political refugees, whether they are ordinary people or persons of high standing. It is, moreover, clearly stipulated that those extradited shall enjoy a complete amnesty: '... and likewise if a man flees from the land of the Hittites ... and comes to the great King of Egypt, (he) shall seize him and have him taken back to the great chief of the Hittites. But the great chief of the Hittites shall not reproach him with his fault; his house, his wives, his children shall not be destroyed, ... no accusation shall be made against him.'

The treaty constitutes an act of public law, the more so since it is concluded between the reigning sovereigns for 'the land of Egypt and the land of the Hatti', so that the 'children's children' on both sides shall for ever be 'in peace and fraternity'.

It is upon the same kind of ideas that the foundations of private international law were based. Thus, a treaty made in the fifteenth century B.C. between the King of Alasia (? Cyprus) and the King of Egypt defined the rights of succession of Alasian nationals who died in Egypt. By the application of an existing agreement to a particular case the King of Alasia indicates to Pharaoh the nationality of the deceased, and the identity and domicile of his heirs, so that these may be properly possessed of the property left by the deceased on Egyptian soil.²⁹

When, in the eleventh century B.C., Wenamun, the envoy of the Theban high priest, disembarked at Dor on the Phoenician coast, he complained of having been robbed in the port to the ruler of the region. 'You are the prince of this country', he explains to him, 'and it is you who are its controller; search therefore for my money.' Benevolent, but also careful to respect the established law, the prince of Dor replies to him: 'I have no knowledge of this affair of which you tell me. If the thief who went down into your boat and robbed you of your money had been a national of my country I should have reimbursed you from my treasury, until your thief himself had been discovered. ...' The prince answers Wenamun's complaint with a demurrer, but he justifies it on the basis of a rule of law obtaining in the country, and relating to dealings with foreigners.

From the period of the great imperialistic expansion under the Eighteenth Dynasty, and in times of internal strife, the kings began to advance

28 J. Pirenne, *Histoire de la civilisation de l'Égypte ancienne*, ii, Neuchâtel-Paris 1962, pp. 354-67; cf. pp. 228-43.

29 J. Pirenne, *op. cit.*, pp. 243-6.

је хетитска верзија, сачињена на акадском, а неки од примерака и у хијероглифској верзији.²⁸

Основна клаузула о ненападању коју овај споразум садржи оснажена је одбрамбеним савезом, а текст предвиђа и екстрадицију политичких избеглица од стране обе државе, било да су у питању обични људи или људи на високим положајима. Штавише, јасно је прописано да ће изручена лица уживати потпуну амнестију: „...а исто тако и човек ако побегне из земље Хетита... и дође великом краљу Египта, (он) ће га заробити и изручити великом поглавару Хетита. Али велики поглавар Хетита неће га прекорити за његову погрешку; његова кућа, његове жене, његова деца неће бити уништени,... никаква оптужба неће бити подигнута против њега.“

Споразум представља један акт јавног права, тим пре што је закључен између два владара, између „земље Египта и земље Хети“ тако да „деца деце“ на обе стране могу да заувек живе „у миру и братству“.

Управо на идејама исте врсте почива међународно приватно право. Тако један споразум сачињен у XV веку п.н.е. између краља Алазије (Кипар?) и краља Египта дефинише наследна права држављана Алазије који умру у Египту. Применом постојећег споразума на одређени случај, краљ Алазије указује фараону на националност покојника и идентитет и пребивалиште његових наследника, тако да ови могу да полажу право на имовину коју је покојник оставио на египатском тлу.²⁹

Када се, у XI веку п.н.е., Венамун (*Wenamun*), изасланик тебанског високог свештеника, искрцао у Дору на феничанској обали, жалио се владару ове области да је опљачкан у луци. „Ви сте владар ове земље,“ објашњава он, „и ви над њом имате контролу; потражите стога мој новац.“ Благонаклон, али такође пажљив у погледу поштовања успостављених закона, владар Дора му одговара: „Немам сазнања о ономе о чему ми говорите. Да је лопов који је сишао у ваш брод и опљачкао ваш новац био држављанин моје земље, ја бих вам надокнадио губитак из своје благајне, док ваш лопов не буде откривен...“ Владар на Венамунову тужбу одговара негативно, али оправдава свој одговор законским прописима који важе у земљи, а односе се на поступање према странцима.

Од периода велике империјалистичке експанзије у време Осамнаесте династије, а у време унутрашњих сукоба, краљеви су почели да увећавају богатство војних лица дајући им поседе, те да у вели-

28 J. Pirenne, *Histoire de la civilisation de l'Égypte ancienne*, ii, Neuchâtel–Paris 1962, pp. 354–67; cf. pp. 228–43.

29 J. Pirenne, *op. cit.*, pp. 243–6.

the fortunes of military men, by granting them fiefs, and greatly to favour the priesthood, particularly that of the temple of Amun at Thebes, in order to obtain their support in dynastic disputes.

Before long, judicial procedure underwent a change to the extent that plaintiffs could appeal to the oracle for judgement in civil cases and those involving minor offences.³⁰ It is clear nevertheless that this practice did not impair the jurisdiction of ordinary tribunals dependent on the central authority, and that criminal cases remained the exclusive province of the vizier's court until the end of the New Kingdom.³¹

With the increase of these material advantages and privileges (immunities), the state again became weaker, and at the beginning of the Twenty-first Dynasty (1075 B.C.) a sort of theocracy was established at Thebes and throughout Upper Egypt to the advantage of the high priest of Amün, while seigniorial rule reappeared over the rest of the country (Twenty-first to Twenty-sixth Dynasties, 1075–664 B.C.).

A stela of the Twenty-second Dynasty records that a complaint relating to certain springs (in Dakhla oasis) was received and investigated by the governor of the region, who gave a ruling on the basis of land-registration documents, but that the judgement proper was pronounced by the oracle of the local god. This decided in favour of the plaintiff and against the state, at the same time, however, imposing a statute of mortmain on the properties recovered: 'Establish them for him, these springs, so that they may be established for his son's son and his heir's heir (that is to say: that they may be handed down solely by male primogeniture) and for his wife and children, without any other (of his brothers) sharing it with them.'³² We thus witness the formation, by the wish of the priesthood and not of the owner, of a family property, entailed with the provision that it shall remain undivided, and the establishment of the right of primogeniture which involves as a consequence a reduction in the legal competence of women, at least in respect of the property so entailed.

However, the urban centres of Lower Egypt could not tolerate this state of affairs, which was further accentuated during the times when the

30 Oracular procedure is attested from the Nineteenth Dynasty. The following is an example of the Twenty-second Dynasty (c. 775 B.C.): 'They began to dispute again to-day concerning the payment for the parcels of land of the townswoman Ipip, which Paneferher, the son of Harsiesi, her employee (?), sold to Ikeni. They went before (the god) Hemen of Hefat, and Hemen said concerning the two written documents (which were placed before him): "Ikeni is right. He has handed over to Paneferher the money which reverted to the [woman Ipip], ... It is (therefore) paid."' (Pap. Brooklyn 16.205: R. A. Parker, *A Saite Oracle Papyrus from Thebes*, Providence, 1962, p. 50).

31 A. Théodoridès, *Actes de la deuxième journée des orientalistes belges*, June 1964, pp. 179–94.

32 A. H. Gardiner, *JEA* xix (1933), 19–30, pis. v–vii; J. Pirenne, *Histoire de la civilisation de l'Égypte ancienne*, iii, 1963, pp. 34–5; A. Théodoridès, *RIDA* xii (1965), 120, 126–8.

кој мери фаворизују свештенство, нарочито оно из Амуновог храма у Теби, како би обезбедили подршку у споровима између династија.

Убрзо је судски поступак доживео промену до те мере да су се тужиоци могли су се обратити пророчишту за пресуде у грађанским парницама, као и онима за лакше преступе.³⁰ Јасно је свакако да ова пракса није умањила надлежности обичних трибунала који су зависили од централне власти, као и да су кривични случајеви остали искључиво у домену везировог суда све до краја Новог краљевства.³¹

Са повећањем ових материјалних погодности и привилегија (имунитета), држава је опет ослабила и на почетку владавине Двадесет прве династије (1075. п.н.е.) успостављена је нека врста теократије у Теби и у читавом Горњем Египту, од које су највише користи имали високи свештеници Амуна, док се владавина властеле поново јавила у остатку земље (од Двадесет прве до Двадесет шесте династије, 1075–664. године п.н.е.).

Један стећак из времена Двадесет друге династије бележи да је жалбу везану за неке изворе (у оази Дакла) примио и истражио управитељ ове области, који је пресудио на основу докумената о регистровању земље, али да је саму пресуду донело пророчиште локалног бога. Оно је одлучило у корист тужилаца, а против државе, намећући међутим истовремено неотуђиво власништво над имовином која је повраћена: „Утврђује се да су ови извори његови тако да они могу бити власништво сина његовог сина и наследника његовог наследника (што ће рећи да они могу бити наслеђени само на основу мушке примогенитуре), а што се тиче његове жене и деце, без икаквог другог дељења са њима (његовом браћом).“³² Овако видимо успостављање породичне имовине по жељи свештенства, а не власника, уз одредбу да ће она остати недељива, као и установљавање права примогенитуре које подразумева последично смањење правне способности жена, барем у погледу стицања имовине на овај начин.

Међутим, градски центри Доњег Египта нису могли да толеришу овакво стање ствари, које је додатно наглашено током времена када

30 Поступак пред пророчиштем бележи се од Деветнаесте династије. Следи пример из периода Двадесет друге династије (око 775. године п.н.е.): „Данас су се поново спорили око плаћања земљишних парцела грађанке Ипип, коју је Панеферхер, син Харсијесијев, њен радник (?), продао Икенију. Изашли су пред (бога) Хемена од Хефата, а Хемен им, у вези са два писана документа (која су пред њега изнета), рече: „Икени је у праву. Он је предао Панеферхеру новац који је после предат (жени Ипип), ... То је (стога) плаћено.“ (Par. Brooklyn 16.205: R. A. Parker, *A Saite Oracle Papyrus from Thebes*, Providence, 1962, p. 50.

31 A. Théodoridès, *Actes de la deuxième journée des orientalistes belges*, June 1964, pp. 179–94.

32 A. H. Gardiner, *JEA* xix (1933), 19–30, pls. v–vii; J. Pirenne, *Histoire de la civilisation de l'Égypte ancienne*, iii, 1963, pp. 34–5; A. Théodoridès, *RIDA* xii (1965), 120, 126–8.

country suffered invasion. After Psammetichus I had expelled the Assyrians and founded the Twenty-sixth Dynasty (664 B.C.) the Greeks came into contact with the culture of the Nile valley, and according to tradition it was in Egypt, in the towns of the delta, that they acquired the ideas of liberty and democratic equality. The fact is that the vigorous work of Bocchoris (c. 715–710 B.C.) and Amasis (570–526 B.C.) had had its effect, in the suppression of, among other things, imprisonment for debt and the privileges of the priests, and in the reorganization of the central administration. Egypt was then caught up in the great economic expansion of the Mediterranean world and brought into contact with Lydia and the Greek cities. Despite the occupation of the country by the Persians, the fundamentally Egyptian institutions based on the individual were revived, and tradition even attributed to Darius a new codification of the existing laws. And, when under the Ptolemies, in the second century B.C., judgement was given in Upper Egypt between conflicting interests in a succession, the procedure followed, although adapted to the new conditions, retained several elements of the old tradition. Attention has in particular been drawn to the right of the Egyptian married woman to go to law freely, without the backing of a *Kypios*.³³ It was, however, left to the Greeks to introduce into Egypt such an idea as that of mortgage, to judge at least from the extant sources relating to real securities.

In making a close study of the institutions of ancient Egypt, one is struck by some peculiarly characteristic features.

The skilful government which the country enjoyed throughout the vicissitudes of its history guaranteed to individuals certain rights which together may legitimately be described as the Egyptian 'law' of the period, a law embodied in statutes and protected by courts. The law is independent in the sense that it is not smothered by a host of primitive or religious notions. On the contrary, it is religious life which, in spite of the pomp and circumstance it preserved and even intensified, expresses itself in legal terms—the setting up of foundations, contracts providing for religious observations, donation, etc. Indeed, the entire day-to-day business of existence in the Nile valley is regulated by law.

But this law being a living thing, like the institutions it upheld, did not remain identically the same over the centuries. Human aspirations conditioned by new circumstances caused it to change, and it evolved between the pole of equality and liberty and that of inequality, the latter being determined above all by the system of land tenure. Egypt passed through three such evolutionary 'cycles', as Pirenne has called them, but even in the periods when individualism waned, when family groupings were restored

33 H. Thompson, *A Family Archive from Siut*, Oxford, 1934, Text, p. xvi.

је земља била изложена инвазији. Након што је Псаметих I отерао Асирце и основао Двадесет шесту династију (664. године п.н.е.) Грци су дошли у контакт са културом у долини Нила, и, према традицији, управо су у Египту, у градовима делте (Нила), усвојили идеје о слободи и демократској равноправности. Чињеница је да је марљиви рад Бокхоруса (око 715–710. п.н.е.) и Амазиса (570–526. п.н.е.) постигао ефекте у сузбијању, између осталог, дужничког притвора и привилегија свештеника, као и у реорганизацији централне администрације. Египат је тада захватила велика економска експанзија медитеранског света и дошло је до контакта са Лидијом и грчким градовима. Упркос окупацији земље од стране Персијанаца, фундаментално египатске институтције које су почивале на појединцу, поново су оживеле, а традиција је Дарију чак приписала и нову кодификацију постојећих закона. А када је у време Птоломида, у другом веку п.н.е., једна пресуда донета у Горњем Египту у случају супротстављених интереса везаних за наследство, процедура по којој је поступано, иако је прилагођена новим условима, задржала је неколико елемената старе традиције. Посебно се скреће пажња на право удатих Египћанки да се слободно обрате закону, без подршке *κύριος*.³³ Остављено је, међутим, Грцима да уведу у Египат идеју као што је хипотека, барем ако је судити по изворима везаним за непокретну имовину.

Испитујући подробније институције древног Египта, изненађење смо неким нарочито особеним цртама.

Вешта управа коју је земља имала током свих успона и падова у својој историји гарантовала је појединцима одређена права која се заједно могу легитимно описати као египатско „право“ тога доба, које је садржано у писаним законима и које су штитили судови. Право је независно у смислу да га није гушило мноштво примитивних или верских представа. Управо супротно, верски живот се, упркос помпи и околностима које је сачувао и чак интензивирао, изражавао у правним терминима – оснивању задужбина, уговорима који обезбеђују верске обреде, донације, итд. Заправо је комплетан свакодневни живот у долини Нила био регулисан правом.

Али како је право жива ствар, као и институције које се њиме штите, оно није остало истоветно током векова. Људске тежње условљене новим околностима довеле су до промена, и оно је еволуирало крећући се између полова једнакости и слободе с једне, и неједнакости с друге стране, с тим што је ову потоњу пре свега условио систем поседовања земље. Египат је прошао кроз три таква еволуциона „циклуса“, како их је назвао Пирен, али чак и у оним периодима када је индивидуализам слабио, када су породичне скупине обнављане, са

33 Н. Thompson, *A Family Archive from Siut*, Oxford, 1934, Text, p. xvi.

with several members sometimes associated in the same cult, the country never witnessed the reappearance of a 'gentilic' regime.

In short, what is striking is the modernity of this law. It gives Egyptian civilization, though remote in time, a structure close to that with which we are familiar. The sources do not in any sense confront us with a mentality *sui generis*, with concepts and reactions alien to our own.

The Nile valley has given us no code, nor any copious theoretical treatises, but the application of law is coherent, despite peculiar features of procedure—the important point being that there was a procedure, with laws to organize it.³⁴ We do not know how the Egyptians defined their various legal categories, but they seem to proceed as though they had defined them as we do: a property transfer on death, or inheritance, is clearly distinguished from a property transfer between living persons, either in consideration of payment or as a gift, in particular by the fact that the property does not change hands at the same juncture. A husband or wife is not an heir, but can be made a legatee, thanks to the freedom to make a will, under the terms of which the person making the settlement modifies the legal destination of the property. This freedom to make a will gave rise to new social and legal circumstances, which led to the creation of new law, until such time as it evolved further.

The history of ancient Egypt does not present an example of the 'secularization' of law. On the contrary—and this is what is miraculous—It attained from the outset, during the Old Kingdom, a high level of institutional and juridical development, which was subsequently distorted by the intrusion of religious practices. Not only did Egypt not surpass this level in the later phases of her development, she may even perhaps have failed to reach it again, despite the efforts of her rulers and thinkers.

Finally, it may be added that the processes of public law and all decisions of a political nature were hedged about by an impressive formalism and surrounded with a whole ritual of solemn words and gestures, but that the processes of private life were without these and rested essentially upon the consent of the parties. There could, indeed, be nothing more simple yet effective than an Egyptian will conceived as a declaration of a last intent.

ARISTIDE THÉODORIDÈS

Paper received: 27.5.2020.

Accepted for publication: 1.8.2020.

34 Cf. A. Théodoridès, *RIDA* xiv (1967), 107–52, instancing laws whose existence is known or can be inferred from extant deeds of practice.

по неколико чланова повезаних у исти култ, земља никада није доживела повратак „племенског“ режима.

Укратко, оно што је упадљиво, јесте савременост овог права. Оно египатској цивилизацији, иако временски удаљеној, даје структуру блиску оној коју ми познајемо. Извори нас ни у ком погледу не сучавају са неким менталитетом *sui generis*, са концептима и реакцијама које су нам стране.

Долина Нила није нам дала нити један кодекс, нити обиље теоријских трактата, али је примена права кохерентна, упркос особеним цртама поступка – важно је да је постојао поступак, који су уређивали закони.³⁴ Не знамо како су Египћани дефинисали различите правне категорије, али изгледа да су поступали као да су их дефинисали на исти начин као и ми: пренос имовине након смрти, или наследство, јасно се разликује од преноса имовине међу живима, било да се ради о плаћању или поклону, нарочито због чињенице да имовина не мења власника у истом тренутку. Муж или жена нису наследници, али могу бити легатарии, захваљујући слободи да се сачини тестамент, са условима под којима оставилац модификује правну судбину имовине. Ова слобода да се сачини тестамент довешће до нових друштвених и правних околности, које су довеле до стварања новог права, које ће и даље еволуирати.

Историја старог Египта не представља пример „секуларизације“ права. Управо супротно – и то је оно што је чудесно – држава од самог почетка, за време Старог краљевства, постиже висок ниво институционалног и правног развитака, који је касније извитоперен упливом верске праксе. Не само да Египат није превазишао овај ниво у каснијим фазама свог развоја, него га можда није поново ни достигао, упркос настојањима својих владара и мислилаца.

Напокон, може се додати да су поступци јавног права и све одлуке политичке природе били обележени импресивним формализмом и праћени читавим ритуалом свечаних речи и гестова, али су поступци везани за приватни живот били лишени тога и почивали су суштински на сагласности страна. Заиста, не би се могло наћи ништа једноставније, а опет делотворније од египатског тестаментa конципираног као изјава последње воље (намере).

АРИСТИД ТЕОДОРИДЕС

Рад приспео: 27.5.2020.

Прихваћен за објављивање: 1.8.2020.

34 Cf. A. Théodoridès, *RIDA* xiv (1967), 107–52, примери закона за чије се постојање зна или о којима се могу извести закључци из постојећих докумената из праксе.

BIBLIOGRAPHY

- For a complete bibliography see J. Pirenne and A. Théodoridès, *Droit égyptien (Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'éthnologie juridique, Aji)*, Bruxelles, 1966.
- G. Cardascia, 'Chronique des droits de l'antiquité: Égypte pharaonique' *Revue historique de droit français et étranger*, 1963, 496–504; 1964, 504–6; 1965, 507–12; 1966, 503–7; 1967, 521–8.
- C. Chehata, 'La notion de contrat dans l'ancien droit égyptien', *Studi Arangio-Ruiz*, iii, Naples, 1952, pp. 493–500; 'Le testament dans l'Égypte pharaonique', *Rev. hist. de droit fr. et étr.*, 1954, 1–22.
- H. Goedicke, *Königliche Dokumente aus dem alten Reich*, Wiesbaden, 1967.
- I. Harari, *Contribution à l'étude de la procédure judiciaire dans l'ancien empire égyptien*, Le Caire, 1950.
- M. Malinine, 'Un jugement rendu à Thèbes sous la xxv^e dynastie', *Revue d'égyptologie*, vi (1951), 157–78. *Choix de textes juridiques en hiéroglyphes 'anormal' et en démotique*, i, Paris, 1953.
- M. Malinine and J. Pirenne, 'Documents juridiques égyptiens', *Archives d'histoire du droit oriental*, v (1950–1), 11–91.
- A. Moret and L. Boulard, 'Donations et fondations en droit égyptien', *Recueil de Travaux*, xxix (1907), 57–95.
- P. W. Pestman, *Marriage and matrimonial property in ancient Egypt*, Leiden, 1961.
- J. Pirenne, *Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne Égypte*, vols., Bruxelles, 1932–5; 'L'administration civile et l'organisation judiciaire en Égypte sous la V^e dynastie', *Annuaire de l'institut oriental de l'université de Bruxelles*, iii (1935), 363–86; 'Introduction à l'histoire du droit égyptien: les trois cycles de l'histoire juridique et sociale de l'ancienne Égypte', *Archives d'hist. du droit oriental*, ii (1938), 11–62; 'La preuve dans la civilisation de l'Égypte antique', in *Recueils de la Société Jean Bodin*, xvi: *La Preuve*, Bruxelles, 1965, pp. 9–42.
- _____ and M. Stracmans, 'Le testament à l'époque de l'ancien empire égyptien', *RIDA* i (1954), 49–72.
- _____ and B. van de Walle, 'Documents juridiques égyptiens: vente et louage de services', *Archives d'hist. du droit oriental*, i (1937), 3–86.
- E. Seidl, *Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des neuen Reiches*, 2nd ed., Glückstadt, 1951; *Ägyptische Rechtsgeschichte der Saiten- und Perserzeit*, 2nd ed., Glückstadt, 1968; *Ptolemäische Rechtsgeschichte*, 2nd ed., Glückstadt, 1962; 'Altägyptisches Recht', in B. Spuler (ed.), *Handbuch der Orientalistik*, Abt. I, Erg. iii, *Orientalisches Recht*, Leiden, 1964, pp. 1–48; 'Juristische Papyruskunde', regulär re-views in *Studia et Documenta Historiae et Juris*, Rome.
- W. Spiegelberg, *Studien und Materialien zum Rechtswesen des Pharaonenreiches der Dynastien XVIII–XXI*, Hanover, 1892.

UDC 341.2(456.31)"1929/..."

CERIF: S150, H165, H250, H300

DOI: 10.51204/HLH_20114A

Ђулио ДИЈЕНА

СВЕТА СТОЛИЦА И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО НАКОН ЛАТЕРАНСКИХ СПОРАЗУМА ОД 11. ФЕБРУАРА 1929.*

превод и увод: Василије МАРКОВИЋ**

УВОД

Чланак *La Santa Sede e il diritto internazionale dopo gli accordi lateranensi dell 11 febbraio 1929* (Света столица и међународно право након Латеранских споразума од 11. фебруара 1929.) изашао је из пера значајног италијанског имена у области међународног права, Ђулија Дијене (1865–1929), професора међународног права на универзитетима у Торину, Павији и Сијени, и члана Института за међународно право. Изворно је објављен јуна 1929. године у часопису *Annali di scienze politiche*.¹ Имајући у виду да се у раду обрађује интересантна тема од изузетног теоријског значаја, како за међународно тако и за државно-црквено право (што су уједно и области права од нашег примарног

* Изворно објављено као Giulio Diena, "La Santa Sede e il diritto internazionale dopo gli accordi lateranensi dell' 11 febbraio 1929", *Annali di scienze politiche* vol. 2, 2/1929, 111–122.

** Аутор је апсолвент Правног факултета Универзитета у Београду, vasilije.markovic227@gmail.com

1 До доступног чланка смо дошли путем интернет базе JSTOR-а на адреси <https://www.jstor.org/stable/43316434>. С тим у вези читаоцима нудимо једно техничко разјашњење. С обзиром на то да смо у тексту превода на пар места у напоменама нудили ближа објашњења појединих правних аката и појмова, редослед и број напомена у оригиналу због тога не одговара сасвим редоследу и броју напомена у тексту превода.

интересовања), као и то да чланак до сада није преведен на српски језик, били смо веома мотивисани да за потребе првог броја *Весника* правне историје приредимо српски превод овог чланка.

Уверени смо да ће чланак у погледу контекста у ком је настао, питања која третира, па и извесних веома актуелних рефлексија које могу бити од помоћи у данашњим односима државе и Цркве, бити изразито вредан домаћој научној јавности.

Најпре, треба истаћи занимљиву чињеницу која се тиче времена настанка чланка и његове историјске вредности. Написан је и објављен непосредно након потписивања аката који су главни предмет његовог разматрања. То што је, као једна савременичка анализа тада веома актуелног правнополитичког проблема, објављен свега пар месеци након што су Латерански споразуми потписани говори у прилог његовој аутентичности и изразитој историјској вредности.

Теоријске расправе о међународноправном статусу Свете столице и његовим специфичностима и дан данас су веома распрострањене, те даљим истраживачима ове теме може бити од велике користи да се на српском језику упознају са тиме какво је било стање у једној од критичних тачки у односима Свете столице и Италије, као и са статусом Свете столице у међународном праву. Ово тим пре што се, као признати ауторитет у области међународног права, професор Дијена у раду хвата у коштац са различитим, тада владајућим, теоријским концепцијама у погледу овог питања и нуди један, како сам каже, другачији пут којим се може доћи до извесних закључака у погледу међународноправног статуса Свете столице. Поред приказа најзначајнијих теоријских ставова о овом питању, у својој анализи Латеранских споразума и подупирању своје тезе Дијена се користи исцрпним разматрањима различитих питања садржаних у тексту споразума. Нека од тих питања су: статус држављанства, статус дипломатских представника држава уговорница и трећих држава, питања територије, нека питања у погледу правне помоћи у кривичноправним стварима, (не)могућност учешћа Свете столице у раду Друштва народа и сл.

Напоследку, што се тиче могућих савремених рефлексија овог рада, које могу бити од извесне користи у теоријском, али и практичном бављењу актуелном кризом између Српске православне цркве и Црне Горе поводом доношења контроверзног Закона о слободи вјероисповести и/или увјерења и правном положају вјерских заједница, те рефлексије се могу двоструко користити. Прво, аналитички карактер рада професора Дијене који се бави Латеранским споразумима који су, као што је добро познато, дошли као решење деценијских спорова између Свете столице и Краљевине Италије, може послужити

као историјски пример за то како се и најкомпликованији спорови између државе и цркве могу решавати транспарентно и уз обострано уважавање, што је у случају Италије касније и директно резултирало признавањем *inter alia* и суверености Цркве у члану 7. став 1 Устава Републике Италије. Друго, како већ дуго у Црној Гори (а и шире) трају полемике о дискриминаторском карактеру поменутог Закона, а у вези са потписаним уговорима о уређењу односа од заједничког интереса између Владе ЦГ и свих осталих верских заједница сем СПЦ у ЦГ, закључци анализе професора Дијене могу бити од користи при уклањању недоумица и заузимању недвосмисленог става по питању места које Темељни уговор са Католичком црквом има у хијерархији правних аката у правном систему Црне Горе.

На основу свега наведеног, сматрамо да ће преведени чланак професора Ђулија Дијене бити вишеструко користан домаћој научној јавности првенствено у областима правне историје, међународног и државно-црквеног права, али такође сматрамо да се његова научна вредност не исцрпљује само у овим трима правним областима.

Giulio DIENA

LA SANTA SEDE E IL DIRITTO INTERNAZIONALE DOPO GLI ACCORDI LATERANENSI DELL 11. FEBBRAIO 1929.

Sulla condizione giuridica della Santa Sede nei rapporti internazionali, se dal 1870 in poi era venuta a formarsi un' ampia e ricca letteratura, i giuristi, rispetto a questo tema, erano ben lungi dal trovarsi del tutto concordi.

Mentre vi era chi negava che dopo gli avvenimenti del 1870 la Santa Sede fosse da considerarsi come un soggetto del diritto internazionale¹ ben numerosi erano coloro che si pronunciavano in senso tutt'affatto opposto, ma a tale conclusione essi giungevano, non già percorrendo tutti la stesa strada, ma seguendo le vie più disparate. Vi era infatti chi vedeva nel Vaticano una sopravvivenza dell' antico Stato Pontificio che, per quanto territorialmente diminuito, non avrebbe mai cessato di esistere come tale.² Vi era d'altro canto chi reputava avesse la qualità del soggetto internazionale la stessa Chiesa Cattolica considerata nella sua entità complessiva, ancorché fra i medesimi giuristi che si attenevano a tale concetto, quando si trattava di trovarne la giustificazione, si manifestassero divergenze d'importanza essenziale.³ Altri ancora reputavano la Santa Sede un soggetto *sui generis* del diritto internazionale. Finalmente chi scrive, in un' opera in preparazione di prossima pubblicazione, dopo aver adottato il concetto che soggetti del diritto internazionale sono da riguardarsi generalmente gli enti aventi diritti e doveri internazionali, aveva ritenuto fosse da riconoscere la tale qualità alla Santa Sede, tenuto conto del diritto attivo e pasivo di legazione che Le spettava e che in realtà esercitava col consenso di numerosi Stati.

E' fuor di dubbio che, qualunque sia la costruzione giuridica adottata in relazione questo importantissimo argomento, il grande fatto storico della conciliazione avvenuta fra La Santa Sede e L'Italia, con gli accordi la

1 Vedi ad es. Heilborn – *System des Völkerrechts* – Berlin, 1986, pag.199.

2 Così segnatamente Corsi – *La situazione attuale dalla Santa Sede nel diritto internazionale* (La Legge, 1886, p. 785 e seg e 819 e seg.)

3 Fiore – *Trattato di diritto internazionale* – Terza ediz. Unione Tip. Ed. Torinese, vol. 1, p. 683 e seguente, ma d' altro canto vedi Anzilotti – *Corso di diritto internazionale* – Roma, Athenæum, 1928, pag. 128–140.

Ђулио ДИЈЕНА

СВЕТА СТОЛИЦА И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО НАКОН ЛАТЕРАНСКИХ СПОРАЗУМА ОД 11. ФЕБРУАРА 1929.

Иако се о правном статусу Свете столице у међународним односима од 1870. године па надаље развила богата и опсежна литература, консензус правника у погледу ове теме био је далеко.

И док је било оних који су негирали да се након догађаја из 1870. Света столица треба сматрати субјектом међународног права,¹ било је веома много оних који су заступали сасвим супротно гледиште, али су до таквог закључка долазили пратећи не исти, већ различите путеве. Било је, у ствари, и оних који су у Ватикану видели преживелу древну Папску државу која, колико год територијално умањена, никада неће престати да постоји као таква.² Било је с друге стране и оних који су сматрали да статус субјекта међународног права има сама Католичка црква посматрана као целокупан ентитет, иако су се међу ауторима који су заступали овакав став када је у питању изналажење образложења појављивале разлике од суштинског значаја.³ Други опет сматрају да је Света столица субјект међународног права *sui generis*. Најзад, аутор је у раду који ће ускоро бити објављен, након што је усвојио концепт по коме се субјектима међународног права углавном сматрају ентитети са међународним правима и обавезама, сматрао да се овакво својство може признати Светој столици, посебно имајући у виду активно и пасивно право посланства⁴ које јој је припадало и које је заправо користила уз сагласност бројних држава.

1 Види код es. Heilborn – *System des Völkerrechis* – Berlin, 1986, стр. 199.

2 Посебно у Corsi – *La situazione attuale dalla Santa Sede nel diritto internazionale* (*La Legge*, 1886, стр. 785 и даље и стр. 819 и даље).

3 Fiore – *Trattato di diritto internazionale* – Terza ediz. Unione Tip. Ed. Torinese, vol. 1, стр. 683 и даље, али видети и Anzilotti – *Corso di diritto internazionale* – Roma, Athenæum, 1928, стр. 128–140.

4 Под правом посланства подразумева се у тексту област међународног права за коју је данас устаљен назив међународно право представљања. Но, с обзиром на то да се за ову област у време у ком је чланак изворно објављен користио термин право посланства, то се, у циљу што аутентичнијег преношења, тај назив и користи у тексту превода. (прим. прев.)

cui sottoscrizione ebbe luogo nel Palazzo Lateranense l' 11 febbraio 1929, richiede che la costruzione stessa venga sottoposta ad un'opera di profonda revisione.

Mediante questi accordi⁴ che consistono in un Trattato politico, con alcuni allegati, fra i quali una Convenzione finanziaria, e in uno Concordato, la Santa Sede, mentre dichiara che Le viene così adeguatamente assicurata la dovuta libertà e indipendenza nel Governo della Chiesa Cattolica e che la "questione romana" rimane quindi definitivamente e irrevocabilmente composta, riconosce il Regno d'Italia sotto la dinastia di Casa Savoia con Roma capitale dello Stato italiano; alla sua volta l'Italia riconosce lo Stato della "Città del Vaticano" sotto la sovranità del Sommo Pontefice, pattuendo contemporaneamente l'immediata abrogazione della Legge 13 Maggio 1871 n.214 detta delle guarentigie (Trattato art. 26). Il territorio di tale Stato, dove non vi sarà altra autorità che quella del Sommo Pontefice (Art. 3), senza alcuna ingerenza da parte del Governo Italiano (Art. 4), fu determinato comprendendovi, oltre il Palazzo Vaticano ed annessi, alcune altre non estese zone territoriali idonee ad arrotondarlo. Fu anche dichiarato che le persone aventi stabile residenza nella Città del Vaticano saranno sottoposte alla sovranità della Santa Sede (Art. 9)⁵ e la cittadinanza vaticana venne pure attribuita ai Cardinali a Roma residenti anche fuori della Città del Vaticano (Art. 21). L'Italia poi mentre riconosce (Art. 2) la sovranità della Santa Sede *nel campo internazionale* come attributo inerente alla sua natura, in modo esplicito. Le riconosce diritto attivo e passivo di legazione secondo le regole generali del diritto internazionale.

Prima di andare innanzi nell'esame delle principali disposizioni di tali accordi le quali possono in special modo riguardare il diritto internazionale, conviene determinare se quello che fu chiamato Trattato politico abbia veramente in senso giuridico carattere di trattato.

E' da ricordare che i trattati internazionali hanno la caratteristica di essere convenzioni concluse fra due o più Stati od altri enti aventi qualità di soggetti del diritto internazionale agendo come tali. Ora non vi è dubbio che tali caratteristiche si riscontrerebbero nell'atto sottoscritto l'11 febbraio 1929 dello Trattato politico per chi ritiene che la Chiesa Cattolica *gene-*

4 Accordi ai quali fu data nello Stato nostro piena ed intera esecuzione con Legge 27 maggio 1929, n. 810 e per quali lo scambio nelle ratifiche avvenne il 7 Giugno 1929.

5 A norma dello stesso Art. 9 la cittadinanza vaticana si perde chi cessa di avere *residenza stabile* nella Città del Vaticano, non bastando però produrre tale effetto una temporanea dimora altrove. Le persone non più soggette alla sovranità della Santa Sede, se non siano da considerarsi cittadini di un altro Stato, si reputano investite della cittadinanza italiana.

Какво год да је правно решење у вези са овом веома важном темом усвојено, несумњиво је да значајна историјска чињеница постигнутог помирења између Италије и Свете столице кроз споразуме чије се потписивање одиграло у Латеранској палати 11. фебруара 1929. године захтева да се та конструкција подвргне темељном испитивању.

Овим споразумима,⁵ који се састоје од Конкордата и Политичког уговора са појединим анексима међу којима је и Конвенција о финансијама, Света столица, изјављујући да је овим адекватно осигурана њена неопходна слобода и независност у управљању Католичком црквом и да је дакле „римско питање“ овим дефинитивно и неопозиво решено, признаје Краљевину Италију под династијом куће Савоја са Римом као главним градом италијанске државе; док, са своје стране, Италија признаје државу „Град Ватикан“ под суверенитетом папе, споразумевајући се истовремено о моменталном стављању ван снаге Закона од 13. маја 1871. под бројем 214, познатијег као Закон о гаранцијама (члан 26. Уговора).⁶ Територија ове државе, на којој неће бити друге власти изван оне под папом (чл. 3.) и без икаквих уплива италијанске владе (чл. 4.), одређена је, поред Ватиканске палате и пратећих објеката, и појединим другим невеликим територијалним областима погодним за заокруживање. Проглашено је такође да ће лица са *пробивалиштем* у држави Граду Ватикану бити под суверенитетом Свете столице (чл. 9.),⁷ а ватиканско држављанство додељено је и кардиналима у Риму, чак и ако борава ван Града Ватикана (чл. 21.). Италија потом у члану 2. Уговора експлицитно признаје суверенитет Свете столице *на међународном плану* као својство инхерентно њеној природи. Признаје јој активно и пасивно право посланства у складу са општим правилима међународног права.

Пре почетка детаљне анализе кључних одредби ових споразума које се посебно тичу међународног права, било би пожељно одредити да ли оно што се назива „Политички уговор“ заиста има карактер уговора у правном смислу.

5 Мисли се на споразуме којима је потпуна пуноважност у нашој држави (Италији, прим. прев.) дата Законом од 27. маја 1929. бр. 810 због чега се размена ратификација одиграла 7. јуна 1929.

6 Закон о гаранцијама је скраћени назив за акт који је италијански парламент усвојио под називом *Закон о прерогативима папе и Свете столице и односима између државе и Цркве* (*Legge sulle prerogative del Sommo Pontefice e della Santa Sede, e sulle relazioni dello Stato con la Chiesa*). (прим. прев.)

7 Према одредби истог члана, ватиканско држављанство се губи ако лице више нема пребивалиште у Граду Ватикану, али да би се овакав ефекат произвео није довољно само имати привремени боравак негде другде. Лица која више нису под суверенитетом Свете столице, ако се не сматрају држављанима треће државе, сматрају се примљеним у италијанско држављанство.

ralmente considerata posseda un personalità anche nel campo del diritto internazionale.⁶

Crediamo si possa giungere alle stesse conclusioni anche non partendo da una tale permessa.

Si potrebbe notare che la Santa Sede prima del 1929 non aveva mai riconosciuto il Regno d'Italia con Roma capitale, come non aveva mai riconosciuto la legge della guarentigie; taluno potrebbe dadurne quindi che la Santa Sede non avendo mai compiuto atto di rinuncia alla sovranità temporale ed avendo di fatto conservato il possesso del Vaticano, non è mai vanuta da perdere potestà di stipulare trattati che le apparteneva prima degli avvenimenti del 1870. Una tal tesi verrebbe però a coincidere con quella di coloro che hanno sostenuto la sopravvivenza dello Stato Pontificio anche dopo il 1870, tesi della quale chi scrive ha già avuto occasione di dimostrare il niun fondamento.⁷

Certamente meno infondato sarebbe il concetto che la Santa Sede, tenuto conto del diritto attivo e passivo di legazione che esercitava con gli Stati coi quali manteneva rapporti diplomatici, essendo da considerarsi anche fra il 1870 e il 1929 come un soggetto del diritto internazionale, doveva pur in tal periodo di tempo ritenersi fornita di capacità di stipulare veri e propri trattati internazionali. Tale concetto non sarebbe però del tutto esatto perchè gli enti che hanno qualità di soggetti diritto internazionale senza essere Stati, possono avere capacità internazionale *soltanto* in relazione alle materie rispetto alle quali sussistano a loro riguardo diritti e doveri fondati sul diritto internazionale. Ora con l'atto su accennato sottoscritto l'11 febbraio 1929 non fu regolato soltanto ciò che si attiene ai rapporti diplomatici della Santa Sede, ma furono conclusi accordi di ben più ampia ed estesa portata

Conviene invece notare che in nessun periodo di tempo la Santa Sede cessò di essere giuridicamente capace di mettere in essere mediante stipulazioni con un determinato o determinati Stati atti di natura convenzionale pure in relazione a rapporti d'ordine pubblicistico. Ora per dare l'esatta qualificazione giuridica dell'atto del quale qui ci occupiamo è logico e naturale porre mente al momento in cui l'atto stesso ebbe a perfezionarsi con lo scambio *definitivo* dei consensi delle Parti e venne contemporaneamente a trovare attuazione, in quanto fu pattuito che gli accordi dell'11 febbraio 1929 entrassero in vigore precisamente al momento dello scambio delle

6 Così segnatamente, Anzziloti, *op. cit.*, l. e.

7 Diena – *Principi di diritto internazionale*. – P. 1., Diritto internazionale pubblico, 2ª edizione, Milano Società Dante Alighieri, Albrighi e Segatti Ed., pag. 179–181; dello stesso A. *La cosiddetta finzione di estraterritorialità, i palazzi vaticani e loro annessi* („Rivista di diritto pubblico e corporativo“, Anno I (1928), fasc. I).

Треба имати на уму да се међународним споразумима сматрају они споразуми који су склопљени између две или више држава или других ентитета који имају статус субјеката међународног права и који као такви делују. Стога нема сумње да би се, према онима који заступају став да Католичка црква *уојшише* узев поседује субјективитет и на пољу међународног права, ове карактеристике могле наћи у Политичком споразуму – акту потписаном 11. фебруара 1929.⁸

Верујемо да се до истих закључака може доћи чак и уколико се не би пошло од једне овакве полазне премисе.

Могло би се приметити да Света столица пре 1929. никада није признала Краљевину Италију са Римом као главним градом, као што никада није признала ни Закон о гаранцијама, те би се рекло да Света столица, будући да се никада није одрекла световне власти, и да је непобитно задржала Ватикан, никада није изгубила моћ да склапа уговоре која јој је припадала пре догађаја из 1870. Једна таква теза би се, међутим, могла подударити са тезом оних који су тврдили да је Папска држава опстала чак и након 1870. године, тезом коју је аутор већ имао прилике да прикаже као потпуно неутемељену.⁹

Свакако мање неутемељен концепт би био онај по ком је Света столица, узимајући у обзир активно и пасивно право посланства које је спроводила са државама с којима је одржавала дипломатске односе, чак и у периоду између 1870. и 1929. године, сматрана субјектом међународног права и по ком се морала, чак и у овом периоду, сматрати способном да закључује праве међународне уговоре. Такав концепт, међутим, не би био сасвим исправан јер ентитети који имају међународноправни субјективитет, и поред тога што нису државе, могу имати такав међународни капацитет *само* у вези са питањима поводом којих постоје права и обавезе засноване на међународном праву. Сада горепоменим актом потписаним 11. фебруара 1929. није само регулисано оно што се тиче дипломатских односа Свете столице, него су закључени и много шири и опсежнији споразуми.

Требало би, међутим, приметити да Света столица ни у једном тренутку није престала бити правно способна да кроз одредбе са одређеном државом или државама уводи акте конвенционалне природе чак и у вези са јавним поретком. Да би се сада дала адекватна правна квалификација акта којим се бавимо, природно је и логично имати на уму тренутак у ком је акт усавршен *дефинитивном* разме-

8 О овоме посебно код Anzziloti, *op. cit.*, l. e.

9 Diena – *Principi di diritto internazionale P. I.*, Diritto internazionale pubblico, 2a edizione, Milano Società Dante Alighieri, Albrighi e Segatti Ed., Pag. 179–181); о истом видети и у: *La cosiddetta finzione di estraterritorialità i palazzi vaticani e loro annessi* („Rivista di diritto pubblico e corporativo“, Anno I (1928), fasc. I).

ratifiche (Trattato, Art. 27). Ciò posto, a *partire da questo istante*, l'atto che fu chiamato Trattato politico ebbe veramente i caratteri di un trattato, tenuto conto oltre che della materia regolata (rapporti fra Stato e Stato) essenzialmente del fatto che non una soltanto delle Parti ma entrambe si trovavano ad essere in possesso del carattere di Stati pienamente sovrani.

Nel momento in cui tale atto entrò in vigore la Santa Sede venne *giuridicamente* ad acquistare un territorio ed una popolazione, così da esercitare su questa e su quello diritti di sovranità. Quanto al requisito di un' politica pure necessario, come tutti sanno, per l'esistenza di uno Stato, è da riconoscere che la Santa Sede anche dopo gli avvenimenti del 1870 sempre continuò entro il Vaticano a mantenere un ordinamento nel quale possono riscontrarsi gli elementi essenziali di una organizzazione politica. Sicché nulla ormai manca nel territorio riconosciuto dall'Italia al Sommo Pontefice sotto il nome di "Città del Vaticano" per poter essere considerato come uno Stato pienamente sovrano. L'esiguità del territorio e della popolazione che vi abita o la specialità del requisiti richiesti per possedere a conservare la qualità di suddito vaticano⁸ non hanno giuridicamente importanza quanto al carattere di piena sovranità del nuovo Stato.

Nè tale carattere viene meno ancorchè, come gu pattuito (Art. 22), a richiesta della Santa Sede e per sua delegazione, che potrà esser data nei singoli casi o in modo permanente, l'Italia provvederà alla repressione dei reati commessi nella Città di Vaticano⁹ Per quanto il diritto di giuri-

8 Con l' Art. 9 ultimo al., La Santa Sede consente che alle persone soggette alla sua sovranità siano applicabili sul territorio del Regno le norme della legislazione italiana anche nelle materie in cui deve essere osservata la legge personale quando non siano regolate dalla Santa Sede (salva l' applicabilità della legge personale per le persone munite della cittadinanza di un altro Stato) In tal guisa la Santa Sede non ha affatto rinunciato a regolare i rapporti personali dei propri sudditi anche se si trovano fuori dei limiti dello Stato vaticano, perchè sul territorio del Regno per le materie che rientrano nel così detto "statuto personale" ai cittadini vaticani trovani applicazione, mentre dura tale cittadinanza, le norme della legislazione italiana, solo in mancanza di norme emanate dalla Santa Sede.

9 Se un individuo, che avesse commesso un reato nella Città del Vaticano, si fosse rifugiato sul territorio italiano, per quanto è espressamente detto nello stesso Art. 22 si potrebbe *senz' altro* procedere contro di lui a norma delle leggi italiane.

Non solo in quest' ultima ipotesi, ma anche se nello Stato nostro si procedesse a richiesta della Santa Sede, un reato commesso nella Città del Vaticano (a differenza di quanto era da ritenersi mentre vigeva la legge delle guarentigie) sarebbe dall' autorità giuridizaria italiana da considerarsi come reato commesso in territorio estero. Per conseguenza, finchè saranno in vigore le disposizioni del Cod. Pen. del 1889, le quali stabiliscono una diminuzione di pena per coloro commettono un reato all' estero piuttosto che all' interno, tali diminuzioni saranno di applicarsi anche per reati commessi nella Città del Vaticano. Non troveranno invece applicazione le disposizioni della legge italiana che esigono per poter procedere per certi reati, in mancanza di querela di parte, la denuncia del Governo estero, nel caso d'individuo che dopo aver commesso un reato nella Città

ном сагласности страна уговорница, и у исто време имплементиран, јер је уговорено да ће споразуми од 11. фебруара 1929. ступити на снагу управо у моменту размене ратификација (чл. 27. Уговора). У том контексту, *йочев од йої йренуїшка*, акт под називом Политички уговор је заиста имао карактер уговора, узимајући у обзир не само регулисану материју (међудржавни односи), већ пре свега чињеницу да су не само једна већ обе стране уговорнице имале карактер потпуно суверених држава.

У моменту у ком је овај акт ступио на снагу, Света столица је дошла до *йравної* стицања територије и становништва, тако да је над њима вршила суверена права. Што се тиче једног, ипак неопходног, општепознатог политичког услова за постојање једне државе, треба признати да је Света столица чак и након догађаја из 1870. наставила да без престанка одржава поредак у Ватикану, у чему се могу препознати кључни елементи једне политичке организације. Тако територији под именом „Град Ватикан“, коју је Италија признала папи, ништа више није недостајало да би се могла сматрати једном потпуно сувереном државом. Невелика територија и становништво које је насељава или посебност услова неопходних за поседовање и задржавање својства статуса ватиканског поданика¹⁰ немају правног значаја када је реч о карактеру пуног суверенитета нове државе.

Ово својство се не умањује, иако ће Италија, као што је уговорено (чланом 22.), у име Свете столице и на њен захтев, који може бити изражен у појединачним случајевима или на трајан начин, обезбеђивати сузбијање злочина у Ватикану.¹¹ Иако је надлежност еманација

10 Чланом 9, последњи став (4.), Света столица је сагласна да се у погледу лица која су под њеним суверенитетом на територији Краљевине Италије имају примењивати норме италијанског законодавства, чак и у оним областима у којима се мора поступати у складу са персоналним правом, ако те области Света столица није регулисала (овим не доводећи у питање примену персоналног права на особе које имају држављанство неке друге државе). На овај начин Света столица се уопште није одрекла регулисања личног статуса својих властитих поданика, чак и ако се налазе изван ватиканских граница, будући да се на територији Краљевине Италије, за области које се тичу тзв. „личног статуса“ на њих (ватиканске држављане, прим. прев.) примењују, све док имају то држављанство, норме италијанског права само у недостатку норми које је донела Света столица.

11 Ако би се једно лице које је претходно учинило кривично дело у Ватикану склонило на италијанску територију, оно би, како је то изричито наведено у члану 22. Уговора, без дилеме могло бити процесуирано у складу са нормама италијанског законодавства.

Не само у овом претходном хипотетичком случају, већ чак и кад се нашој држави упути захтев Свете столице, кривично дело учињено у Ватикану (за разлику од решења које је постојало док је Закон о гаранцијама био на снази) италијанске судске власти би могле да третирају као кривично дело учињено

sdizione sia una emanazione della sovranità, questa non viene meno per uno Stato il quale deleghi per certe materie ad un altro Stato l'esercizio di quel diritto.

Salve le speciali norme adottate per quanto si riferisce alla giurisdizione riconosciuta anche agli effetti civili alle autorità vaticane per le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa del matrimonio rato e non consumato dei cattolici il cui matrimonio fu celebrato religiosamente (vedi Concordato, Art. 34); e per quanto riguarda gli effetti civili dei provvedimenti presi da autorità ecclesiastiche per ragioni spirituali o disciplinari verso persone ecclesiastiche o religiose (vedi Trattato Art. 23 al 2°) lo Stato della Città del Vaticano come Stato sovrano potendo sul proprio territorio esercitare la giurisdizione per ogni materia per le quale non vi abbia rinunciato, l' Art. 23 al. 1 del Trattato dichiara: " Per l'esecuzione nel Regno delle sentenze emanate dai tribunali della Città del Vaticano si applicheranno le norme del diritto internazionale".

I tribunali italiani ciononostante, anche dopo la costituzione di uno Stato Vaticano, saranno come per l' innanzi da considerarsi forniti di giurisdizione (quando concorrano i requisiti a questo fine richiesti dal nostro diritto interno) relativamente alle controversie di carattere patrimoniale che sorgessero da semplici rapporti di diritto privato a cui avesse partecipato o si trovasse a partecipare la Santa Sede con individui od enti private.¹⁰ Secondo la giurisprudenza prevalsa in Italia¹¹ infatti *per tale specie di rapporti* anche gli Stati stranieri possono esser sottoposti all'autorità giurisdizionale italiana.

D' altro canto se fu pattuito (Trattato, Art. 3) che la piazza di san Pietro pur facendo parte della Città del Vaticano continuerà normalmente ad essere aperta al pubblico e soggetta al potere di polizia delle autorità italiane, si ha così una forma *attenuata* di servitù internazionale, che non fa venir meno il diritto di sovranità dello Stato sul cui territorio è costituita ¹²

di Vaticano, siasi rifugiato in territorio Italiano dal momento che il Trattato e la legge italiana che vi ha dato esecuzione a tali disposizioni portano una deroga.

L' Art. 22 regola anche un procedimento di estradizione all'Italia dal territorio vaticano dove si fosse rifugiato l'autore di un reato commesso in territorio italiano. Quanto ai delinquenti rifugiati negli edinci che godono delle immunità diplomatiche, la consegna dei rei stabilita dall' Art. 22 non ha in senso vero e proprio carattere di estradizione perchè il luogo di rifugio non è rispetto all' Italia territorio straniero.

10 Es. : Caso di controversia riguardante la validità di un testamento con quale il testatore la cui successione si fosse aperta in una città italiana avesse nominato erede la Santa Sede di beni situati sul territorio del Regno

11 C. di Cass. del Regno e sez. riunite 12 Giugno 1925 e 13 Marzo 1926. (Rivista di diritto internazionale 1926. pag. 249. e pag 252).

12 Diciamo servitù internazionale *attenuata*, perchè la Santa Sede conserva eccezionalmente la facoltà di chiudere al pubblico l'ingresso nella piazza di San Pietro.

суверенитета, она се не умањује код оне државе која преноси на другу државу вршење те надлежности у одређеној области.

Не доводећи у питање посебне норме донете у погледу надлежности ватиканских власти у грађанским стварима у случајевима који се тичу поништења брака и разрешења склопљеног, а неконзумираног брака католика чији је брак склопљен верским обредом (види чл. 34. Конкордата), као ни оне које се тичу грађанских ефеката мера које су ватиканске власти предузеле из духовних или дисциплинских разлога према црквеним лицима или верницима (види члан 23. став 2. Уговора), као ни то да је Град Ватикан као суверена држава у могућности да на сопственој територији спроводи своју јурисдикцију у свим оним областима којих се није одрекао, члан 23. став 1. Уговора гласи: „На извршавање одлука ватиканских судова у Краљевини примењују се правила међународног права“.

Ипак, италијански судови ће се чак и након успостављања Ватикана, као и пре, сматрати надлежним (када се у ту сврху стекну услови захтевани нашим домаћим правом) у имовинским споровима који проистичу из приватноправних односа у којима је са физичким или приватним правним лицима учествовала или је укључена Света столица.¹² Заправо, према преовлађујућој судској пракси у Италији¹³ у вези са овом врстом односа, чак и стране државе могу подлегати италијанским правосудним органима.

у иностранству. Ово има за последицу да ће се, док год су на снази одредбе Кривичног закона из 1889. које установљују умањење казне за оне које учине кривично дело у иностранству, пре него за оне који га учине унутар (граница Италије прим.прев.), ове одредбе о умањењу казне такође примењивати и на кривична дела учињена у Ватикану. Неће се примењивати, међутим, одредбе италијанских закона које, за могућност процесуирања одређених дела, захтевају, у одсуству приватне тужбе, приговор стране владе, у случају појединца који је након што је учинио дело у Граду Ватикану, пребегло на италијанску територију, будући да Споразум и Закон који га имплементира дерогирају ту одредбу.

Члан 22. такође регулише процедуру екстрадиције Италији са ватиканске територије где је пребегло учинилац кривичног дела учињеног на италијанској територији. Што се тиче учинилаца пребеглих у објекте који уживају дипломатски имунитет, изручење учинилаца уређено чланом 22. нема, строго узевши, карактер екстрадиције јер место уточишта није у страна територија односу на Италију.

- 12 На пример, спор се може појавити у погледу оцене пуноважности тестамен-та којим је тестатор чија се заоставштина расправља у италијанском граду, за наследника добара који се налазе на територији Краљевине Италије именовао Свету столицу.
- 13 C. di Cass. del Regno e sez riunite, 12 Giugno 1925 e 13 Marzo 1926. (Rivista di diritto internazionale 1926, pag. 249. e pag 252).

Quanto al diritto di legazione della Santa Sede, è dichiarato (trattato Art. 12.) che gli inviati dei Governi esteri presso la Santa Sede continuano a godere nel Regno di tutte le prerogative ed immunità che spettano agli agenti diplomatici secondo il diritto internazionale e le loro sedi potranno continuare a rimanere nel territorio italiano godendo delle immunità loro dovute a norma del diritto internazionale, anche se i loro Stati non abbiano rapporti diplomatici con l'Italia.

In virtù di questa disposizione gli agenti diplomatici stranieri accreditati presso il Sommo Pontefice, se avranno la sede della loro ambasciata o legazione in territorio italiano, ivi godranno delle stesse prerogative che spettano agli agenti diplomatici accreditati presso il Governo del Re, mentre se mancasse una tale disposizione, dopo l'abrogazione della legge delle guarentigie, sul territorio italiano essi sarebbero nella condizione di agenti diplomatici che si trovano in un terzo Stato.¹³ Se poi l' Art. 12 del Trattato sostanzialmente riproduce la norma che già risultava dall' Art. 11 della legge delle guarentigie, ben diversi ne sono i caratteri giuridici e la portata. L' Art. 11 infatti, come disposizione di legge interna, era suscettibile di essere modificato per volontà unilaterale dell'Italia; l' Art. 12 del Trattato implica invece un vero e proprio impegno internazionale assunto dall'Italia verso il nuovo Stato della Città del Vaticano ¹⁴

Di fronte ai terzi Stati tale disposizione è suscettibile di produrre effetti giuridici analoghi a quelli cui può dar luogo in diritto privato un contratto a favore di terzi, le stipulazioni del quale siano da questi accettate. L'accettazione ne risulterà implicitamente da parte dei terzi Stati che abbiano continuato come nel passato i loro rapporti diplomatici con la Santa Sede o ne abbiano stabilito di nuovi.

Quanto agli agenti diplomatici della Santa Sede, accreditati presso i governi stranieri e ai corrieri inviati dalla Santa Sede all'estero, è dichiarato (Art. 12) che godono sul territorio italiano *anche in tempo di guerra* dello stesso trattamento dovuto ai diplomatici e ai corrieri di gabinetto degli altri governi esteri secondo le norme del diritto internazionale. Ma appunto perchè si deve far applicazione di queste norme, sebbene l' Art. 12 del

13 L' Art. 19 del Trattato garantisce inoltre agli inviati diplomatici dei governi esteri presso la Santa Sede, come pure agli inviati diplomatici della Santa Sede provenienti da paese straniero diretti alla Città del Vaticano o che da questa si rechino all'estero, libertà di transito attraverso il territorio italiano, purchè siano muniti di regolare passaporto pontificio o vistato da rappresentanti pontifici all'estero. Queste norme sono estese ai dignitari della Chiesa.

14 All' Art. 12 è altresì aggiunto: "Resta inteso che l'Italia si impegna a lasciar sempre in ogni caso libera la corrispondenza da tutti gli Stati, *compresi i belligeranti*, alla Santa Sede e viceversa, nonchè il libero accesso dei Vescovi di tutto il mondo alla Sede Apostolica".

С друге стране, будући да је уговорено (чланом 3. Уговора) да ће Трг Светог Петра, иако део Града Ватикана, и даље бити као и обично отворен за јавност и деловање италијанских полицијских органа, посреди је блажи облик међународне службености, која не умањује суверено право једне државе на чијој је територији конституисана.¹⁴

Када је о реч о праву посланства Свете столице, чланом 12. Уговора наведено је да посланици страних влада при Светој столици настављају да у Краљевини Италији уживају све повластице и имунитет који у складу са међународним правом припадају дипломатским представницима, а њихова седишта ће моћи да остану на италијанској територији, уживајући имунитет по међународном праву, чак и ако њихове државе не одржавају дипломатске односе са Италијом.

У светлу ове одредбе, страни дипломатски представници акредитовани при Папи, ако буду имали седиште своје амбасаде или посланства на територији Италије, уживаће тамо исте привилегије које припадају дипломатским представницима акредитованим при краљевској влади, иако би, да је ова одредба изостала, након укидања Закона о гаранцијама на италијанској територији имали статус дипломатских представника који се налазе у трећој земљи.¹⁵ Иако је члан 12. Уговора у суштини само понављање норме која већ произилази из члана 11. Закона о гаранцијама, правне карактеристике и опсег су веома различити. Члан 11. је, заправо, будући одредба домаћег права, био подложен измени на основу једностране воље Италије; члан 12. с друге стране, подразумева праву међународну обавезу коју је Италија преузела према новој држави – Граду Ватикану.¹⁶

У односу на треће државе, ова одредба чије је уговарање овим прихваћено, вероватно ће произвести правне ефекте аналогне онама које производи уговор у корист трећих лица у приватном праву. Прихватање ће произићи имплицитно од стране оних трећих држава

14 Говоримо о ублаженој међународној службености јер Света столица задржава могућност да, изузетно, затвори за јавност Трг Светог Петра.

15 Члан 19. такође гарантује дипломатским представницима страних влада при Светој Столици, као и дипломатским представницима Свете Столице који из стране земље долазе у Ватикан или из њега иду у иностранство, слободу кретања кроз италијанску територију под условом да су снабдени редовним папским пасошем или визом издатом од стране папских представника у иностранству. Ове норме се примењују и на црквене великодостојнике.

16 У Члану 12. је такође додато: „Подразумева се да се Италија обавезује да ће оставити увек и у сваком случају слободу дописивања из свих држава, укључујући и зараћене стране, са Светом столицом и обрнуто, као и слободан приступ Апостолској катедри бискупима из читавог света.“

Trattato non riproduca la clausola che si trova nell' Art. 11 in fine della legge delle garanzie circa le prerogative degli inviati della Santa Sede presso i governi esteri, dove è detto che ne godranno " nel recarsi nel luogo di loro missione e nel ritornarne", conviene a loro riguardo ritenere tale clausola sottintesa anchè nell' interpretazione dell' Art. 12 del Trattato¹⁵

E' poi d'importanza essenziale notare che, a norma del Trattato(Art. 12), le relazioni diplomatiche della S. Sede avranno luogo non solo con Stati esteri, ma anche con L'Italia, con l'accreditamento di un ambasciatore italiano presso la Santa Sede e di un Nunzio pontificio presso l'Italia. Questo sul territorio italiano non solo godrà di tutte le prerogative che spettano agli agenti diplomatici accreditati presso il Governo del Re, ma di più, in conformità ad una consuetudine alla quale il Trattato fa espresso richiamo, sarà il Decano del Corpo diplomatico accreditato presso il Quirinale.

Singularissima invece, dal punto di vista delle prerogative, sarà le condizione giuridica dell' agente diplomatico accreditato dall' Italia presso La Santa Sede, finchè si trovi sul territorio dello Stato nostro e quivi sia il palazzo destinato a sede dell' ambasciata di cui sia incaricato. Poichè gli agenti diplomatici finchè si trovano sul territorio dello Stato che a loro conferito l'ufficio di cui sono rivestiti, non hanno, *sulla base del diritto internazionale*, titolo per godere di alcuna prerogativa, tale sarà *sul territorio del Regno* la condizione giuridica degli agenti diplomatici italiani accreditati presso la Santa Sede.¹⁶ Qualunque privilegio, che in territorio italiano fosse loro accordato, non potrebbe trovare altra base che in norme di diritto interno, a prescindere completamente dal diritto internazionale.¹⁷

15 Vedi Diena – *Diritto internazionale pubblico* – 2ª ediz. n. 54, pag. 363–364.

16 Ciò si evince, oltre che dai principi giuridici, dall' interpretazione del testo dell' Art. 12 del Trattato. Il secondo comma di questo articolo dove si parla di inviati dei governi esteri presso la Santa Sede, non può alludere ad agenti diplomatici del Regno d' Italia che, rispetto ad una delle due Parti sottoscrittrici del Trattato, non sono certo da riguardarsi come inviati di un governo estero. Le relazioni diplomatiche fra L'Italia e la Santa Sede sono invece regolate nel 4º comma dello stesso Art. 12. Orbene in tale disposizione si fa in modo esplicito menzione *soltanto* della norma in virtù della quale il Nunzio Pontificio sarà il Decano del Corpo Diplomatico accreditato presso il Quirinale; per il resto valgono (Art. 12, comma 1º) le regole generali del diritto internazionale. Ora di queste risulta che se gli agenti diplomatici della Santa Sede accreditati presso il Governo del Re avranno titolo per godere sul territorio italiano delle prerogative diplomatiche, tali prerogative reciprocamente spetteranno agli agenti diplomatici italiani accreditati presso la Santa Sede *nella Città del Vaticano*, ma nulla più.

17 In virtù patto inserito nell' Art. 15 del Trattato, vari edifici che in Roma sono destinati al culto o ad uffici vaticani, godranno delle immunità che sono riconosciute dal diritto internazionale alle sedi degli agenti diplomatici degli Stati esteri. Ne consegue che tali edifici pure essendo su un territorio sottoposto alla sovranità italiana, si tro-

које су наставиле да као и у прошлости одржавају дипломатске односе са Светом столицом, или су их успоставиле изнова.

Када је реч о дипломатским представницима Свете столице акредитованим при страним владама и куририма које Света столица шаље у иностранство, чланом 12. проглашено је да на италијанској територији, *чак и за време раџа*, уживају исти третман који је предвиђен нормама међународног права за дипломатске представнике и курире кабинета других страних влада. Али, управо зато што се ове норме морају применити, иако члан 12. Уговора не понавља одредбу која се налази у члану 11. Закона о гаранцијама о привилегијама посланика Свете столице при страним владама где се каже да их уживају „у одласку на место њихове мисије и у повратку“, прикладно је у том погледу сматрати да се ова одредба подразумева при тумачењу члана 12. Уговора.¹⁷

Такође, од суштинске је важности приметити да ће се, према члану 12. Уговора, дипломатске активности Свете столице одвијати не само са страним државама већ и са Италијом, кроз акредитацију италијанског амбасадора при Светој столици и Апостолског Нунција у Италији. Нунције на италијанској територији неће само уживати све привилегије које следе дипломатским представницима акредитованим при краљевској влади, већ ће, у складу са обичајем на који се Уговор изричито позива, бити Доајен дипломатског кора акредитованог при Квириналу.

Међутим, из перспективе привилегија, биће јединствена правна позиција дипломате акредитованог од стране Италије при Светој столици, све док се налази на територији наше државе и док је ту зграда намењена седишту амбасаде која му је поверена. Пошто дипломате, док год се налазе на територији државе која им је поверила службу на коју су распоређени, немају, *по међународном праву*, основ за уживање било каквих привилегија, такав ће на територији Краљевине Италије бити правни статус италијанских дипломата акредитованих при Светој столици.¹⁸ Било која привилегија која им је на италијан-

17 Види Diena – *Diritto internazionale pubblico* – 2^a ediz. n. 54, pag. 363–364.

18 Ово је очигледно, не само на основу правних принципа, већ и на основу тумачења текста члана 12. Споразума. Други став овог члана у ком се говори о посланицима страних влада при Светој столици не може се односити на дипломатске представнике Краљевине Италије који се, с обзиром на то да су једна од страна уговорница уговора, сигурно не могу сматрати посланицима стране владе. Дипломатски односи између Италије и Свете столице уређени су уместо тога ставом 4. истог члана. Ипак, овом одредбом је експлицитно наведено само да ће Апостолски нунције бити Доајен дипломатског кора акредитованог при Квириналу; за остале важе (према ставу 1. члана 12.) општа правила међународног права. Из овога сада произилази да, ако ће дипломате Свете столице ак-

La Santa Sede per conto ed in nome della Città del Vaticano, appunto perchè questa è uno Stato pienamente sovrano, avrebbe attitudine giuridica di venire a far parte della Società delle Nazioni alle condizioni stabilite dal Patto. In realtà però non è presumibile che una tale partecipazione venga a realizzarsi, tenuto conto del carattere supranazionale della missione spirituale che la Santa Sede ha il compito di esercitare in ogni parte del mondo e quindi anche in paesi che alla Società delle Nazioni non appartengono e che con questa possono trovarsi in dissidio. Va di più notato che da una tale partecipazione della Santa Sede potrebbero derivare serie difficoltà nell' applicazione pratica sopra tutto di alcune delle disposizioni del Patto.

Non si deve ad ogni modo dimenticare che nel Trattato (Art. 24) la Santa Sede ha esplicitamente dichiarato che: "vuole rimanere e rimarrà estranea alle competizioni temporali fra gli Stati e ai congressi internazionali indetti per tale oggetto", aggiungendo soltanto la riserva: "a meno che le parti contendenti facciano concorde appello alla sua missione di pace riservandosi in ogni caso di far valere la sua potestà morale e spirituale".

La Santa Sede potrà dunque, come nel passato, quando se ne presenti l'opportunità, esercitare un'azione pacificatrice in caso di controversie fra due o più Stati e, se le Parti concordemente lo richiedano, esercitare tra loro l'ufficio di arbitro e ad ogni modo prestare i propri buoni uffici o la propria mediazione.¹⁸

Il Trattato (Art. 24 ultimo al.) dichiara quindi che: "La Città del Vaticano sarà sempre ed in ogni caso considerata territorio neutrale ed inviolabile".

E' da ritenere che, in base a questa clausola, tale territorio sia da considerarsi neutralizzato. Naturalmente la clausola stessa non implica *in modo diretto* un vincolo se non nei rapporti fra la Santa Sede e l'Italia, in quanto al Trattato a tale riguardo concluso nessun' altra Potenza ha partecipato, nè è chiamata a diventarne contraente.

E poiché un' obbligo di garanzia, indipendentemente da un patto espresso, non si presume, l'Italia con clausola su accentata, se questa fosse interpretata semplicemente alla lettera, si sarebbe soltanto obbligata a rispettare non a garantire conto le eventuali azioni dei terzi Stati, la neu-

veranno in un condizione giuridica del tutto corrispondente a quella che era propria dei palazzi e luoghi contemplati dall' Art. 7 della legge guarentigie mentre questa era in vigore.

18 Tra i casi più importanti in cui una controversia internazionale potè essere risolta per opera dell'azione pacificatrice della Santa Sede, conviene segnatamente ricordare la controversia fra la Germania e la Spagna relativa alle Isole Caroline, felicemente composta nel 1885 per opera del Pontefice Leone XIII.

ској територији гарантована не би могла наћи другог основа до оног у нормама домаћег права, занемарујући потпуно међународно право.¹⁹

Света столица би у име и за рачун Града Ватикана, управо зато што је он потпуно суверена држава, имала правну способност да постане део Друштва народа под условима одређеним Повељом.²⁰ У стварности, међутим, није за очекивати да ће се такво учешће реализовати узимајући у обзир наднационални карактер духовне мисије коју Света столица има задатак да спроводи у свим крајевима света, те тако чак и у земљама које нису у Друштву народа и које се с њим могу наћи у сукобу. Штавише, треба истаћи да би једно такво учешће Свете столице могло произвести озбиљне потешкоће у практичној примени, пре свега, појединих одредби Повеље.

Не сме се ни на који начин заборавити да је у члану 24. Уговора Света столица експлицитно изјавила да „жели остати и остаће изван световних сукоба међу државама и међународних конгреса сазваних поводом тих питања“, додајући само резерву: „осим у случају ако се супростављене стране заједнички обрате Њеној мировној мисији, када (*Светиa столица*, прим. прев) у сваком случају задржава право да врши своју моралну и духовну моћ“.

Стога ће Света столица моћи, као и у прошлости, када се створи прилика, да спроводи мировну акцију у случају спора између две или више држава и да, ако се стране сагласе да од ње то затраже, међу њима има улогу арбитра и на сваки начин пружи своје добре услуге или посредовање.²¹

Уговор у члану 24. став 2. стога наводи да ће „Држава Град Ватикан бити увек и у сваком случају сматрана неутралном и неповредивом територијом“.

редитоване при краљевој влади имати основ за уживање дипломатских привилегија, такве привилегије ће реципрочно следовати италијанским дипломатама акредитованим при Светој столици у Граду Ватикану, али ништа више од тога.

19 На основу договора садржаном у члану 15. Уговора, разна здања која су у Риму намењена богослужењима или ватиканским канцеларијама, уживаће имунитет који се на основу међународног права признаје седиштима дипломатских мисија страних држава. Из овога произилази да ће се ова здања, иако се налазе на територији под италијанским суверенитетом, наћи у правном положају који у потпуности кореспондира са оним који је припадао палатама и местима која су потпадала под члан 7. Закона о гаранцијама док је овај био на снази.

20 Мисли се на Повељу Друштва народа која је ступила на снагу 15. јануара 1920. године. (прим. прев.).

21 Међу најпознатијим случајевима у којима се један међународни спор могао решити миротворачким радом Свете столице, посебно је вредно сетити се спора између Немачке и Шпаније у вези с Каролиншким острвима, који је срећно решен 1885. године залагањем Папе Лава XIII.

tralità della Città del Vaticano. Senonché il compito di farsi garante della neutralità di tale territorio, sussiste per l' Italia per la stessa forza delle cose. Invero non sarebbe materialmente possibile da parte di terzi Stati violare una tale neutralità, senza contemporaneamente violare (sia pure soltanto per via d'aria) la sovranità territoriale dell' Italia stessa.

D' altro canto un riconoscimento, per quanto indiretto, della neutralizzazione vaticana, e *a fortiori* dell' esistenza della Città del Vaticano come Stato sovrano, potrà reputarsi sussistere da parte delle Potenze che, dopo l' entrata in vigore degli accordi Lateranensi e dopo che questi furono ufficialmente portati a loro conoscenza, continuarono o stabilirono rapporti diplomatici con la Santa Sede, valendosi dell' assetto risultante dagli accordi medesimi per quanto concerne la condizione giuridica della Santa Sede nelle relazioni internazionali.

Dopo questo è stato fin qui esposto circa gli accordi Lateranensi dell'11 febbraio 1929, si può, rispetto al tema dei soggetti del diritto internazionale, indubbiamente affermare che tale qualità è attualmente da attribuirsi alla Città del Vaticano, dal momento che questa possiede tutti i requisiti per poter essere considerata come uno Stato pienamente sovrano direttamente o indirettamente riconosciuto da una grande collettività di Potenze. Ma ammesso ciò, ne risulterà forse che il Sommo Pontefice non potrà più esser reputato come un soggetto del diritto internazionale, in quanto tale qualità ormai appartiene allo Stato del quale Egli è il Capo politico e del quale per conseguenza (come ogni Capo di Stato rispetto al proprio Stato) non è che un organo, per quanto l'organo supremo? Sarebbe grave errore il crederlo.

Negli accordi Lateranensi le clausole attinenti alla costituzione per la Santa Sede di uno Stato sovrano non si trovano che in un rapporto di mezzo a fine. Il riacquisto di una sovranità territoriale non fu evidentemente per la Santa Sede scopo a sè stesso; non fu che un mezzo affinché la S. Sede potesse esercitare con piena sicurezza di assoluta ed evidente indipendenza la sua altissima missione spirituale nel mondo. E poichè l'esercizio di questa portava con sè per la Santa Sede l'assunzione della qualità di soggetto del diritto internazionale, gli accordi Lateranensi diretti ad assicurare sempre più e a meglio agevolare l'esercizio di tale elevatissima missione, non possono aver fatto venir meno quella qualità che già apparteneva al Sommo Pontefice come Capo Supremo della Chiesa Cattolica, sulla base di rapporti diplomatici con Potenze straniere, le quali *non* sono state parti contraenti negli accordi dell' 11 Febbraio 1929.

Da questi accordi, d'altro canto, emerge che l'Italia considera la Santa Sede (non solamente la Città del Vaticano) come un soggetto del diritto internazionale. Tale è il significato segnatamente dell' Art. 2 del Trattato

Може се тврдити да је, на основу ове одредбе, ова територија сматрана неутрализованом. Наравно, ова одредба не подразумева *директну* обавезу осим у односима између Свете столице и Италије, јер, што се тиче Уговора закљученог у вези с тим, ниједна друга држава није учествовала нити је позвана да постане страна уговорница.

А пошто се обавеза гаранције, без обзира на изричити споразум, не претпоставља, Италија би овом наведеном одредбом, ако би се она једноставно дословно тумачила, била дужна само поштовати, а не и гарантовати неутралност државе Града Ватикана у случају евентуалних акција трећих држава, с тим што задатак гарантовања неутралности ове територије постоји за Италију због самог стицаја околности. Ово стога што не би било физички могуће за треће државе да наруше ову неутралност, а да истовремено (макар само и ваздушним путем) не наруше и територијални суверенитет Италије.

С друге стране, признање, макар и индиректно, ватиканске неутрализације, и самим тим постојања Града Ватикана као суверене државе, постојаће код сила које ће, након ступања на снагу Латеранских споразума и након што су о њима званично обавештене, наставити или успоставити дипломатске односе са Светом столицом, користећи структуру која произилази из ових споразума у вези са правним статусом Свете столице у међународним односима.

Након овога што је до сада изложено о Латеранским споразумима од 11. фебруара 1929. године, може се, с обзиром на тематику субјеката међународног права, несумњиво потврдити да се то својство тренутно може приписати Граду Ватикану, будући да испуњава све услове да буде сматран потпуно сувереном државом коју велики број сила директно или индиректно признаје. Али ово признање ће можда резултирати тиме да се папа више неће сматрати субјектом међународног права, пошто сада то својство припада држави чији је он политички шеф, те је последично (као и сваки шеф државе у погледу своје државе) он само орган, иако врховни орган? Било би веома погрешно веровати у то.

У Латеранским споразумима одредбе везане за установљење Свете столице као једне суверене државе налазе се само као средство које служи остварењу одређеног циља. Повраћај територијалног суверенитета за Свету столицу очигледно није био циљ сам по себи, већ само средство путем кога би Света столица са пуном сигурношћу у своју апсолутну и очигледну независност могла вршити своју узвишену духовну мисију у свету. А будући да је ово Светој столици са собом доносило претпоставку постојања својства субјекта међународног права, Латерански споразуми, усмерени на осигуравање

dove è detto: “L’ Italia riconosce la sovranità della Santa Sede nel campo internazionale come attributo inerente alla sua natura ...”; altretanto può dirsi per l’ Art. 12 dove si dichiara che: “L’Italia riconosce alla Santa Sede il diritto attivo e passivo di legazione secondo le regole generali del diritto internazionale”¹⁹ ecc.ecc

Si aggiunga che gli agenti diplomatici o della Santa Sede o presso questa accreditati dai vari Stati, pure potendo d’ora innanzi essere incaricati di trattare qualche affare concernente l’interesse dello Stato “Città del Vaticano” avranno pur sempre per principale loro compito quello di occuparsi di questioni riguardanti rapporti fra Chiesa e Stato, aventi quindi attinenza con la missione spirituale del Sommo Pontefice.

Si può dunque concludere che se lo Stato della Città del Vaticano, come Stato venuto a far parte della comunità giuridica internazionale, è entrato nel novero dei soggetti del diritto internazionale, la qualità di soggetto di tale diritto continua come prima ad appartenere al Sommo Pontefice sulla base delle relazioni diplomatiche che, a titolo di Capo Supremo della Chiesa Cattolica,²⁰ Egli mantiene con maggior numero degli Stati civili del mondo.

Paper received: 27.5.2020.

Accepted for publication: 11.7.2020.

19 Un tale riconoscimento esplicito sarebbe riuscito del tutto superfluo (a prescindere da quanto riguarda il regolamento delle prerogative spettanti in territorio italiano agli agenti diplomatici della Santa Sede o presso questa accreditati) se riguardasse soltanto lo “Stato Città del Vaticano”, poichè ad uno Stato riconosciuto fornito di piena sovranità appartiene *de plano* il diritto di legazione attivo e passivo.

20 E’ a questo titolo che l’ Art. 8 del Trattato riproducendo sostanzialmente le disposizioni degli Art. 1 e 2 della legge delle garantigie, mentre dichiara inviolabile la sacra persona del Sommo Pontefice, contiene una clausola per l’adozione di sanzioni del tutto uguali e quelle stabilite per gli atti commessi contro la persona del Re, affinché siano in vigore norme piu severe ed efficaci di quelle stabilite generalmente per gli atti commessi contro i Capi di Stati stranieri.

већег и бољег олакшавања спровођења ове најузвишеније мисије, нису могли умањити ову способност која је већ припадала папи као врховном поглавару Католичке цркве на основу дипломатских односа са страним државама, које нису биле уговорне стране у споразумима од 11. фебруара 1929.

С друге стране, из ових споразума произилази да Италија сматра Свету столицу (не само Град Ватикан) субјектом међународног права. Такво је посебно значење члана 2. Уговора где се наводи да „Италија признаје суверенитет Свете столице на међународном плану као својство инхерентно њеној природи...“, а исто се може рећи и за члан 12. у коме се наводи да „Италија признаје Светој столици активно и пасивно право посланства у складу са општим правилима међународног права“,²² итд.

Додаје се и да ће дипломатски представници Свете столице или дипломатски представници страних држава који су акредитовани при Светој столици, иако од сада задужени за бављење неким питањима од интереса за ватиканску државу, имати за свој кључни задатак стално бављење питањима односа цркве и државе, питањима која су, дакле, повезана са духовном мисијом папе.

Може се, стога, закључити да ако је држава Град Ватикан као држава постала део међународне заједнице и ушла у ред међународноправних субјеката, својство субјекта тог права наставља да припада, као и раније, папи, на основу дипломатских односа које, као врховни поглавар Католичке цркве,²³ одржава са великим бројем секуларних држава у свету.

Рад приспео: 27.5.2020.

Прихваћен за објављивање: 11.7.2020.

22 Једно такво експлицитно признање би било потпуно сувишно (без обзира на регулисање привилегија које на италијанској територији припадају дипломатама Свете столице или дипломатама које су при њој акредитовани) да се односило само на државу Град Ватикан, јер једној држави која је снабдевана пуним суверенитетом *de iure* припада право посланства активно и пасивно.

23 Из тог разлога, члан 8. Споразума у суштини понавља одредбе чланова 1. и 2. Закона о гаранцијама, и проглашавајући неповредивом свету папину личност, садржи одредбу о усвајању санкција по свему идентичну оној која је установљена за учињене акте против личности краља, тако да су на снази одредбе строже и учинковитије од оних уобичајено установљених за акте учињене против шефова страних држава.

Анита СТАНКОВИЋ*

БАТИНА ЈЕ ИЗ РАЈА ИЗАШЛА?

Guy Geltner, *Flogging Others: Corporal Punishment and Cultural Identity from Antiquity to the Present*, Amsterdam University Press B.V., Amsterdam 2014, 112.

„Бичевање других“ Гаја Гелтнера (*Guy Geltner*) монографија је која се бави односом телесног кажњавања и културног идентитета од антике до савременог доба, коју је 2014. године издао Универзитет у Амстердаму. Аутор је професор историје на том Универзитету, као и Универзитету у Монашу; његова главна област интересовања је историја јавног здравља и то превасходно у средњем веку, при чему су у фокусу његовог истраживања италијански градови. Поред тога се бави и упоредном историјом злочина и казни, посебно затворских, али и телесних, као и односом лаика према монасима и фратрима у средњем веку. Поред „Бичевања других“, аутор је издао још неколико монографија, у којима обрађује управо те теме: *The Medieval Prison: A Social History* (2008), *The Making of Medieval Antifraternalism: Polemic, Violence, Deviance, and Remembrance* (2012), *Roads to Health: Infrastructure and Urban Wellbeing in Later Medieval Italy* (2019).

Иако историчар по струци, Гелтнер се не бави искључиво историјским аспектом телесног кажњавања. Он не настоји да да свеобухватну историју телесног кажњавања, нити покушава да дефинише и поброји све оне узроке и мотиве који доводе до тога да једно друштво прихвати ову санкцију као саставни део свог казненог система, већ пре тежи томе да кроз кратку историју заступљености телесних каз-

* Ауторка је студенткиња мастер студија Правног факултета Универзитета у Београду, selenicereus6@gmail.com

ни у различитим земљама и епохама преиспита неке уврежене ставове који се тичу телесног кажњавања, као и да разоткрије двоструке стандарде и лицемерје које суверено влада у многим студијама које се баве овом тематиком. Стога би се „Бичевање других“ најпре могло сматрати расправом о начину на који се концепт телесног кажњавања користио као средство одбране сопственог културног идентитета, од настанка првих држава до данас. Као таква, ова књига је занимљива и релевантна не само за историчаре или правнике, већ за све оне који желе да проблематику телесног кажњавања сагледају из једног новог угла који расветљава и елементе који би лако могли промаћи онима који се крећу искључиво у строгим оквирима права и праву сродних дисциплина. У прилог томе говори чињеница да је ова монографија за свега шест година, колико је прошло од првог издања, већ оставила трага у међународној академској заједници. Тако, „Бичевање других“ бива коришћено као извор корисних и надасве интересантних података за радове из разних друштвених наука: почев од криминологије и пенологије, које су по природи ствари најзаинтересованије за питања која се односе на казне и њихову примену, преко историје, политичке теорије, социологије, па чак до историје уметности и музике.¹ Сходно томе, може се рећи да је Гелтнер препознао и адекватно одговорио на потребу стручне јавности за радом који успева да приближи тему која је наизглед везана тек за једну, и то прилично уску област интересовања, широком кругу стручњака из најразличитијих сфера.

Реч је о делу невеликог обима, писаног језиком који је јасан и разумљив како лаицима, тако и онима мало више упућеним у ову материју, што у спрези са занимљивошћу саме теме као и специфичним начином на који се она обрађује, доприноси томе да се ова књига чита у једном даху, при чему закључци и ставови који се у њој заступају

1 Посебно занимљиви су, између осталог, Tom Daems, “Slaves and Statues: Torture Prevention in Contemporary Europe”, *The British Journal of Criminology*, vol. 57, 3/2017, 627–643, који се бави односом савремених институција ЕУ према тортури, односно испитује у којој се мери заиста тежи њеном искорењивању, а колико се толерише; David Garland, “Penal power in America: Forms, functions and foundations”, *Journal of the British Academy*, 5/2017, 1–35, који разматра пеналну политику у Сједињеним Америчким Државама, почев од историјата, преко савремених облика и функција, па до друштвених фактора који утичу на њу; Luke A. Fidler, “The Coercive Function of Early Medieval English Art”, *Radical History Review*, 137/2020, 34–53, у коме се аутор бави приказима телесних и затворских казни у средњовековној енглеској уметности, заступајући тезу да је њихова често спектакуларна и шокантна природа послужила томе да створи привид о централизованом моћи владара у време у коме исте није било.

остају у свести читаоца још дуго. Студија отпочиње „Уводом“ (9–21), који је од пресудног значаја за ваљано разумевање теме и идеје, али је свакако нешто много више од простог навођења питања и проблема који ће се разматрати надаље. Пре него што ће прећи на кратку историју телесног кажњавања, аутор сматра нужним и да дефинише шта ће се подразумевати под појмом телесне казне, што чини у првом поглављу, „Историјски и антрополошки приступ“ (21–25). Иако може деловати да је тај појам сасвим одређен и јасан, ствари су ипак нешто комплексније но што се на први поглед чини. Ако се потрудимо да проблем сагледамо из једног мало ширег угла, постаје очигледно „да се за мало коју казну може рећи да није телесна“ (стр. 21), тј. да практично и нема казне која у мањој или већој мери не наноси физичку патњу лицу на коме се извршава, укључујући ту не само затворску и смртну, већ и новчане казне, што аутор на сасвим задовољавајућ начин и елаборира. Но, у жељи да не компликује тему која је сама по себи довољно компликована, Гелтнер одлучује да се држи појма телесне казне у ужем смислу, дакле оних казни попут бичевања, жигосања, сакаћења и сл, односно казни које су директно и непосредно усмерене на тело преступника. Потом следи кратка – али богата примерима – историја телесног кажњавања, у одељку насловљеном „Кажњавање тела“ (29–83), почињући од антике, где се обрађује однос према овом облику санкција у појединим државама Истока наспрам Грчке и Рима као темеља западне цивилизације, дотичући се уједно и утицаја три велике монотеистичке религије на ставове о телесним казнама. Затим се, следећи линеарну хронолошку путању, разматра средњи и рани нови век, да би се историјски део завршио прегледом савременог доба. Монографија се завршава „Закључком“ (83–85), који на сажет, али врло ефектан начин одсликава дискурс о телесном кажњавању који је данас заступљен.

Уколико је већ речено да „Бичевање других“ није историја, нити антрополошка студија, с правом би се могло поставити питање чиме се онда ова књига у бити бави. Одговор на то питање садржан је на самом почетку, у поднаслову, који нам открива да је реч о односу културног идентитета и телесног кажњавања. Иако се на први поглед чини да је реч о два појма који би се тешко могли довести у јасну везу, аутор већ у „Уводу“ са лакоћом успева да читаоца увуче у сложену причу о (зло)употреби концепта телесног кажњавања како данас, тако и у прошлости, те да га наведе на размишљање о ставу да се проблем телесне казне не може посматрати просто као један феномен у историји права и пенологије. Наиме, по мишљењу аутора, телесно кажњавање је колико санкција усмерена према прекршиоцима нор-

ми једног друштва, толико и својеврсно политичко оружје усмерено према „другима“, односно према свим другим државама, друштвима, политичким режимима и групама које се доживљавају као претња за сопствени културни идентитет. Цео дискурс односа културног идентитета и телесног кажњавања може се свести на дихотомију „ми-они“, где се „они“, односно тренутни спољашњи или унутрашњи политички непријатељи, представљају као нецивилизовани, заостали, насилни, свакојаком дивљаштву и крвопролићу склони варвари, док смо „ми“ са друге стране све оно супротно „њима“. Црно-бели контраст је оно што омогућава да се прикрију сопствене погрешне праксе упитног легитимитета и још упитније користи по грађане, јер како иначе истрајати у тврдњи да смо „ми“ најбољи од свих светова, ако као доказ не понудимо све оне „друге“ који су, ма колико „ми“ можда некад и били лоши, увек многоструко лошији од нас. Управо ту на сцену ступа и телесно кажњавање, прво на линији одбране, које када се приписује „другима“ постаје још један у мноштву доказа да су „они“ заиста лоши како смо одувек и сумњали, пошто се поврх свих својих небројених злодела и грехова, усуђују да примењују телесну казну против својих грађана, и то, да ствар буде гора, и за најситније и најбезначајније преступе (стр. 11. и даље). Примећује се и да мало који западни аутор који се бави овом проблематиком путем дихотомије „ми-они“ осуђује телесно кажњавање *per se*, као праксу која је сама по себи нешто вредно згражавања и која је самим тим неприхватљива и незамислива у једном демократском, либералном друштву које негује традицију људских права и слобода. Већина њих осуђује телесно кажњавање тек онда када га примењују друге земље, које се већ доживљавају као претња, као непријатељ кога по сваку цену ваља уништити (а пре тога темељно оцрнити), што им, међутим, не смета ни најмање да истовремено предлажу увођење одређених облика телесног кажњавања као алтернативу затворским казнама у сопственим системима (стр. 14. и даље).

Бавећи се телесним кажњавањем у историји, аутор нам пружа далеко више од просте дескрипције наизменичног јављања и повлачења ове санкције у различитим културама. Гелтнер наставља да прати основну идеју дела, настојећи да покаже да дихотомија „ми-они“ и дискурс заснован на њој, односно сатанизација идеолошких противника како страних, тако и домаћих прављењем дубоког и непремостивог јаза између „нас“ и „њих“, није савремен изум, те да се телесно кажњавање одвајкада користило као врло убојито оружје у оваквим обрачунама. Тако се западни аутори традиционално држе тога да је Исток одувек склон насиљу и деспотизму, те да тражи и најмањи по-

вод да спроводи безумну репресију над својим несрећним поданицима, док је Запад, оличен у Грчкој и Риму, одувек носиалац високе цивилизације и основних људских вредности, угодно притом пренебрегавајући све чињенице које би могле да дају умногоме другачију слику (стр. 31–48). Слично је и са ставовима о средњем и новом веку, где један неретко носи неславан епитет „мрачни“, док се други посматра као доба препорода, процвата слобода и права и једног општег бољитка и просвећености. Аутор баца једно сасвим ново светло на заступљеност телесног кажњавања у овим епохама, па тако неочекивано дознајемо да у новом веку процват не доживљавају само слободе и права, већ и изузетно бруталне казне, што се може сматрати логичном последицом јачања централне власти, која је у телесним казнама – што гнуснијим, то боље – нашла идеалан начин за држање поданика у страху и потчињености, кажњавајући на шокантно суров начин све оне који се дрзну да доведу у питање поредак и свемоћ монарха. У прилог овом запажању, довољно је само сетити се казне за велеиздају у Енглеској из доба Тјудора (*to be hung, drawn and quartered*), која је подразумевала да преступник буде најпре привезан за кола и вучен друмовима до губилишта, потом вешан, али не до смрти јер је поента у томе да остане жив што дуже, да би га на крају кастрирали, ишчупали му утробу и спалили је пред њим, а затим га рашчеречили.

Напоследку, Гелтнер показује да ни савремено доба не носи коначно растерећење од телесне казне, те да је она била далеко присутнија него што се мисли, само је променила подручје деловања. Напустивши Европу, премда никада сасвим, телесно кажњавање се преселило у колоније европских сила, прешавши с подједнаким успехом како океане, тако и културолошке разлике, и одомаћило се у колонизованим земљама. Наравно, како би се сама колонизација и све што она подразумева оправдала и представила у што позитивнијем светлу, вековима се прибегавало већ провереној дихотомији „ми-они“, па су се тако колонизовани народи представљали као антипод западним цивилизацијама, као људи толико огрезли у дивљаштво и одсуство културе, да се њима морало владати за њихово добро. У том се дискурсу као један од крунских доказа нецивилизованости неретко користила и примена телесних казни од стране тих народа, што би се можда и могло разумети, па чак сматрати и вредним хвале што су освајачи толико марили за телесни интегритет неких далеких дивљака, када не би било једне сићушне зачкољице. Наиме, како нам Гелтнер скреће пажњу, многе од колонизованих земаља нису примењивале телесно кажњавање у толикој мери док су биле слободне,

колико је то био случај *након* што су их колонизатори племенито упознали с многобројним благодетима цивилизације (стр. 73). Долазећи најзад до много скорије прошлости и садашњости, расправља се и о томе да ли смо заиста дефинитивно прогнали идеју телесног кажњавања из казних система, али и из наших домова и срца. Одговор је у најбољем случају амбивалентан, што оставља места читаоцу да донесе сопствене закључке.

Студије које се баве питањем телесног кажњавања и сродним темама одвећ се лако претварају у каталог језивих казни које су биле коришћене у (не)давној прошлости, који не служи ничему до пуком задовољењу болесне знатижеље. Но, Гелтнер је успешно избегао ову замку, приповедајући нам о једној крајње неочекиваној примени телесног кажњавања – не као мере која се спроводи над преступником, већ као изузетно ефикасног оружја у дискурсу који непрекинутог континуитета траје већ вековима. Највећа вредност ове монографије огледа се управо у томе што нас учи како да препознамо тај и сличне манипулативне дискурсе који нас уљуљују у привидно спокојне снове о сопственој непогрешивости и недодирљивости, јер они нису ствар прошлости, напротив. Спознаја да је овај дискурс и данас и те како жив и присутан наводи на преиспитивање многих уврежених ставова, које иначе најрадије прихватамо као аксиоме, просто зато што је много лакше и лепше веровати у њих, него допустити могућност да живимо у стварности која је још увек далеко од идеалне.

Тако, сви бисмо желели да је борба за основна људска права и слободе ако не окончана победом, а оно на добром путу да то буде, што би подразумевало да су у најбољем случају све, а у најгорем већина земаља, рекле категорично и децидирано не свим праксама које дехуманизују људе, укључујући свакако и све облике телесног кажњавања. Као доказ томе да се крећемо ка неким срећнијим временима, требало би да послужи и „Конвенција против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака УН“, која номинално забрањује све поступке којима се напада телесни и душевни интегритет људског бића. Но, да ли је то заиста тако? Да ли можемо мирне савести тврдити да је све тако сјајно само ако узмемо у обзир чл. 1 „Конвенције УН“, који из значења израза тортура изузима „бол или патње које су резултат искључиво законитих санкција, неодвојивих од тих санкција или које те санкције проузрокују“?² Једна једина реченица која оставља толико простора

2 Закон о ратификацији Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 9/91

злоупотреби довољна је да наведе читаоца на размишљање и изазове немалу nelaгоду. Но, nelaгода је ту само док се читалац не сети да се тај слободни простор злоупотребљава сигурно само негде далеко од њега и свих који су му драги, у неким афричким, азијским, јужноамеричким забитима, које ионако насељавају дивљаци са којима се нема ништа заједничко. Злогласни затвор у заливу Гуантанамо, или скандал у Абу Грайбу можда могу да на тренутак наруше спокојство и улију ужас у душу, али само на тренутак, јер, на крају, зашто би њега било брига за исламисте, за непријатеље демократије и цивилизације и свега што сматра светим? Зашто би мучио себе сумњама и питањима, када је много лакше веровати да се он никада не може наћи у том положају, јер *они* су ипак нешто друго. Самим тим, криви су за све за шта се терете и за шта би се могли теретити. Веровање у колективно уздизање изнад најнижих порива који захтевају да крв буде плаћена крвљу просто се намеће само, као и да се никад неће поновити суноврат у понор одмазде и мржње. Можда ће посрнути неки други народи, других вероисповести, друге боје коже, који су одувек практиковали насиље. „Али то нећемо бити *ми*, никако *ми*“, одлучно би тврдио читалац уљуљкан у снове о непогрешивости друштва у коме живи. А опет, докле год постоји макар једна интернет страница у великим западним демократијама која омогућава да се осуђени преступници прате у реалном времену, да им се зна сваки корак, где им деца иду у школу, где раде, са ким се виђају, неће му бити баш лако да остане тако чврсто убеђен у то да је баш његово друштво најбоље и да самим тим има право, чак обавезу, да се брани против *других*, против свих који нису његов део.³

Сматрамо, стога, да се с правом може рећи да је „Бичевање других“ право штиво не само за оне који би да историјат телесних казни сагледају из једног новог угла, већ и за све оне отвореног ума који се не боје да се суоче са идејама које успевају да уздрмају општеприхваћена становишта – јер ће их овде свакако наћи, за све оне склоне критичком промишљању, који ништа не узимају здраво за готово – јер ће им се овде дати довољно материјала да сами изведу закључке, а можда и наставе да истражују даље, као и за све оне који знају да се културни идентитет једног народа не сме градити на лешевима других, ма колико различити они били од нас – јер је управо то суштина ове кратке, али врло упечатљиве књиге.

3 Попут Фејсбук странице која служи праћењу Карле Хомолке, осуђене за саучесништво у серијским силовањима и убиствима која је извршио њен тадашњи супруг, Пол Бернардо, а која је по издржаној казни пуштена на слободу 2005. године. Убрзо потом настаје и ова страница: <https://www.facebook.com/WatchingKarlaH/>

БИБЛИОГРАФИЈА

ИЗВОРИ:

Закон о ратификацији Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 9/91.

Watching Karla Homolka, <https://www.facebook.com/WatchingKarlaH/>, последњи приступ 20.6.2020.

ЛИТЕРАТУРА:

Tom Daems, “Slaves and Statues: Torture Prevention in Contemporary Europe”, *The British Journal of Criminology*, vol. 57, 3/2017, 627–643.

David Garland, “Penal power in America: Forms, functions and foundations”, *Journal of the British Academy*, 5/2017, 1–35.

Luke A. Fidler, “The Coercive Function of Early Medieval English Art”, *Radical History Review*, 137/2020, 34–53.

Рад приспео / Paper received: 9.5.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 16.9.2020.

Давид Д. ВУЧИНИЋ*

ИНТЕРВЈУ: ПРОФЕСОР СИМА АВРАМОВИЋ**

Професор Сима Аврамовић један је од највећих српских стручњака из области упоредне правне историје, реторике и државно-црквеног права. Рођен је 19. јула 1950. године у Београду, где је и завршио основну школу и класичну гимназију. Правни факултет Универзитета у Београду уписао је академске 1969/70. године, а дипломирао 1973. године, са просечном оценом 9.92. Сва своја академска звања је стекао на истом факултету, а редовни професор постао је 1993. године. У периоду од 2012. до 2018. године, у два мандата, обављао је дужност декана Правног факултета Универзитета у Београду.

У својој готово полувековној каријери на Правном факултету Универзитета у Београду, професор Аврамовић је предавао предмете Општа историја државе и права, Упоредна правна традиција, Римско право, Реторика, а на последипломским студијама Државно-црквено право, Методе и технике правноисторијских истраживања, итд. Оставио је незаобилазан траг у бројним пољима свог научног деловања: правној историји старог века, посебно у области античког грчког права и судског беседништва, у области државно-црквеног права и регулисања односа државе и цркве, праву на верско образовање, реторици и *public speaking*-у...

* Аутор је студент мастер студија на Правном факултету Универзитета у Београду, благајник Клуба *Forum Romanum*, адвокатски приправник Тијане Којовић у адвокатској канцеларији „БДК адвокати“ и сарадник у настави ван радног односа на Правном факултету Универзитета у Београду на предмету Кривично право, david.vucinic@bdkadvokati.com.

** Видео снимак интервјуа може се видети на *YouTube* каналу „Весника правне историје“ – <https://www.youtube.com/channel/UCTorTliVwloaGPAYzFm-BSw>

Професор Аврамовић говори и пише енглески, користи немачки, грчки, италијански и француски, а зна и старогрчки и латински језик. Аутор је преко стотину књига, монографија и научних чланака, а књига *“Rhetorike techne – вештина беседништва и јавни наступ”* понела је награду Универзитета у Београду за најбоље научно остварење наставника и сарадника за 2009. годину.

Држао је велики број предавања по позиву на престижним светским универзитетима, а учествовао је са рефератима на многим реномираним међународним и домаћим конгресима и развијао међународну сарадњу Правног факултета у Београду са многобројним истакнутим стручњацима са најистакнутијих светских универзитета. Учествовао је у оснивању и деценијама је водио Клуб *Forvm Romanvm*, као и Такмичење у беседништву студената Правног факултета.

Овај интервју приредио је бивши студент професора Аврамовића, 30. маја 2020. године.

Давид Вучинић: *Поштовани професоре, њрвенствено, у име редакције међународној студентској академској часописа Весник ѡравне историје, желео бих да Вам се захвалим што сте нам омогућили да ѡприредимо овај интервју. Морам Вам ѡпризнати, задали сте нам слашке муке са Вашом биографијом, како у одабиру ѡишања тако и у ѡприремању истих. Уколико немаће ништа ѡрѡив, ми бисмо ѡочели са ѡишањима.*

Проф. др Сима Аврамовић: Само изволи.

Д. В.: *Да кренемо редом. Желео бих да Вас ѡишам, ѡћкуда и зашто баш ѡравна историја као ѡље Вашеј ѡишересовања и научној усавршавања?*

С. А.: Заиста си одмах на почетку погодио срж ствари. Правна историја је донекле стицај околности. Постоји једна лепа изрека која каже да човек треба два пута да буде паметан – кад се жени и кад бира професију. На то Душко Радовић додаје: „Ако то промаши онда мора да буде паметан целог живота“. Ја сам се трудио да изаберем професију паметно, а не само по афинитету. Тачније, мој пуни афинитет је била класична филологија. Латински, старогрчки... Завршио сам Класичну гимназију. Ја сам заиста искрено желео да студирам један такав факултет. Међутим, онда сам се суочио са реалношћу – шта радити када се заврши такав факултет? Једина перспектива је бити преводилац или бити професор латинског, а ево старогрчког више и нема у средњим школама. Онда сам пронашао средњи пут, схва-

тио сам да на Правном факултету постоји предмет Римско право, али и предмет Општа правна историја или Историја државе и права. И, реко', ја ћу ту негде да задовољим тај свој афинитет, а право ћу да заволим с временом. Тако је и било. Дакле, срећа се некако мени осмехнула када се у току студија, добрим делом захваљујући и Форуму Романуму у коме сада седимо, један број професора са правно историјске катедре окренуо ка мени, препознао тај неки класичарски дух, и мало по мало ме уводили у нешто што сам ја потајно желео. Није ни тада било баш много младих људи који добро знају латински, а још мање оних који познају старогрчки. Из моје генерације, само нас двојица смо уписали Правни факултет. Да будем искрен, због другог мог колеге сам ја и уписао права. Он ми је помогао речима: „Ма идемо на Правни заједно, биће нам лакше“. Тако да је то био моменат који је добрим делом определио моје везивање и за катедру и за теме и за прве наградне теме који су се и тада организовали. Тада је била фондација Алберта Вајса, покојног професора, председника јеврејске задруге, представника Југославије на Нирнбершком процесу, чија сада библиотека краси ову просторију. Откупили смо је пре годину дана од наследника, и целокупна библиотека Алберта Вајса се сада налази овде. Ја сам био добитник те дипломе „Алберт Вајс“ у два наврата за неке радове. Један је био о Дубровнику и дубровачком статуту, а други сам већ и заборавио. Тако да се практично кроз студије већ припремала та нека врста пута ка правној историји. Наравно, мене је пре свега заинтересовала правна историја Старог века, Римско право највише, а маштао сам и да будем и асистент на Римском праву. Међутим, ту је већ било попуњених места и онда су професори рекли: „Ево имаш Упоредну правну традицију“, сада се тако и зове, а рекли смо да се тада звала Општа историја државе и права, „па имаш у оквиру опште историје државе и права и Грчку, па се бави Грчком“. Тако је то било, и тако ме је онда пут и повео ка неким мојим првим истраживачким напорима на Крит, у антички полис Гортину.

Д. В.: Пишаћемо Вас нешто и за Гортину, али пре тога, поменули сте Класичну гимназију у Београду. Да ли бисте могли да нам кажете нешто више о њој? Како је настава била организована, како је функционисала, па и ко је заправо ишао у ту гимназију?

С. А.: Класична гимназија је у ствари определила мој живот у потпуности. Како сам отишао у Класичну гимназију, ни сам не знам. Наиме, тада се, а то је оно што људи не знају, шта је Класична гимназија, у Класичну гимназију полазило у петом разреду основне школе. Дакле, она је трајала као оно некада пре рата, осам година. Ми смо

формално били у некој школи „20. октобар“, то је тамо у некадашњој Космајској улици, а сада је то улица Маршала Бирјузова. Занимљиво је за рећи да је то прва школа која је у то време имала базен. Већ ту на почетку ваља рећи неколико речи о томе шта је то Класична гимназија, јер људи данас не знају. Тадашња предратна гимназија је трајала осам година. Класична гимназија је у основи имала управо тај модел, тако да смо ми у Класичну гимназију, у којој се учи класични грчки и латински, кретали као ђаци петог разреда. Ми смо били одељење „пето један“ (5–1) у школи која се тада звала „20. октобар“. Касније је школа мењала име. Данас је то школа „Краљ Петар I“, њено истурено одељење у улици Маршала Бирјузова. Други део је био у школи близу Његошеве, која је сада филолошка основна школа. Затим су се у првом гимназије спајали ђаци из две школе како би формирали један разред. Од петог до осмог разреда смо учили латински језик, његове основе, доста изрека, граматику, и ту су први почеци превођења, док смо старогрчки добили на полугођу седмог разреда. Након тога смо прешли у Велику школу, како смо је тада звали, а то је сада Трећа гимназија (у оно време Осма београдска гимназија) где је такође било по једно одељење класичара, оних који су уписали пре нас, и, нажалост, још само пар одељења у наредних четири-пет година, то јест, оних који су уписивали школу после нас. Та се гимназија угасила. Мало вољом технократије, мало због једног одијума који је владао према Класичној гимназији, јер се то некако третирало као остатак грађанског, „буржоаског“, док, рецимо, Хрвати нису укинули Класичну гимназију. Хрвати и данас имају Класичну гимназију и најбољи кадрови из тих гимназија излазе. Многи су мислили да ће то бити људи који ће се бавити само антиком, међутим, из Класичне гимназије су изашли и најбољи лекари и најбољи хирурзи, најбољи природњаци, неколико академика, бројни професори Универзитета на различитим пољима. Класична гимназија је давала једно опште широко образовање, и – оно што за себе сматрам као најважније – један поглед на свет. Када се ви као дете, у петом разреду основне школе, са својих дванаест година, први пут сретнете са Хомером, са етичким дилемама које грчка митологија поставља, када рано почињете да читате латинску поезију, живот другачије перципирате. У себе уграђујете неке вредности које су касније ваше трајне вредности. Наравно, много тога се може развити и касније током студија, али великим делом важи она изрека „дете се формира док је сасвим младо“. Ту је Класична гимназија од пресудног значаја. На страну што је у Класичној гимназији, у том разреду, било мало ђака, са почетком у две школе, јер су многи отпадали. Ипак је то било мало теже. Неки су и одустајали, да би на крају изашли као разред који је био је-

дан од последњих комплетних разреда са двадесет троје ученика. Ту је било различитих ученика из различитих социјалних средина. Ту су била и деца радника, занатлија, а ту су била и деца академика. У мом разреду је била ћерка Светозара Радојчића, академика, сина Николе Радојчића, једног од наших највећих историчара који је написао чувено дело о Душановом закону. Ту је био и син Воје Ђурића, великог историчара уметности и академика. Са нама у разреду је био и Саша Фотез, син чувеног режисера Марка Фотеза, који је постао тада Дубровачке летње игре, и глумице Марије Црнобори. Ту су били људи различитих профила. Ћерка Младена Јагуште, диригента, који је до пре неколико година држао концерте у својим деведесетим. Ми смо у тим кућама и одрастали. Ми смо одлазили код академика Радојчића, али га нисмо доживљавали као академика, него као чика Тозу који нама спрема сендвиче. То је био тај фантастични социјални амбијент у којем су одрастала деца која потичу из различитих средина, али кроз једно фантастично пријатељство које се у тим годинама склапало, које је трајало, и које, Богу хвала, траје и данас. Заиста се амалгамирало нешто што је свима било заједничко. Један потпуно другачији начин живота, поглед на свет, једно оплемењивање духа. То је оно што је нама Класична гимназија донела, и, наравно, веома велика знања, другачија знања, пре свега из класичне књижевности, из античке историје, из античке филозофије, а онда, на крају крајева, и саме филологије.

Д. В.: Рекли с'ће да је још онда Класична гимназија ђала ђод ђехнокрађијом. Ево и данас смо сведоци нове ђехнолошке револуције. Да ли Ви видиђте данас ђођребу за увођењем Класичне гимназије у наши образовни сђђем?

С. А.: То је и моја и велика жеља претходних генерација класичара. Тим генерацијама су припадала и нека велика имена данашњице: Дарко Танасковић, Владета Јанковић. Постојале су иницијативе да се обнови Класична гимназија. Онда је било дошло време да смо били на корак до увођења, у време када је директорка Рибникара била Весна Фила, која је била тада помоћник Министра, па смо покушали. Били су направљени и наставни планови и програми уз помоћ наших колега из разреда и из претходних генерација који су позавршавали класичну филологију, а многи су то завршили. Међутим, то није кренуло јер родитељи нису препознали потребу да њихова деца од петог разреда уче латински и касније старогрчки. Тачније речено, модерним речником, ми нисмо имали добар маркетинг. Мислим само да је то. Од те идеје нисам одустао. Можда ћемо покушати да обновимо ту иницијативу и много бих се радовао када Србија не би

остала без Класичне гимназије, а да Хрватска и даље гаји Класичну гимназију и класичаре.

Д. В.: *Вратио бих се на љавну истаорију и љовезао бих љавну истаорију са љозићивним љравом, и љу бих Вас љићао какав је доћинос љравне истаорије љозићивном љраву и да ли се љозићивно љраво може разумети без адекватној љравно-истаоријској образовања?*

С. А.: Право питање за некога ко је управо цео живот посветио уверавању својих колега да је правна историја неопходна. Још као студент делегат у наставном већу на Правном факултету присуствовао сам сценама када су наши истакнути и угледни професори покушавали да укину Римско право и Правну историју: „То није за модерно доба. Правна историја је ствар прошлости“. Многи тако гледају, а заборављају једну Цицеронову реченицу: „*Historia magistra vitae est*“. Али, није историја само учитељица живота, она је нарочито учитељица права. Зашто је правна историја важна за правнике? Зато што се целокупно данашње право, а посебно право Европе заснива на Римском праву, и колико год ми данас били технолошки развијени, и колико год имали најразличитије гране права, оне све и даље траже своје корене у Римском праву. Па је то Римско право имало своју историју и кроз Средњи век. Глосатори, постглосатори, различите школе, велике кодификације које су се доносиле, Француски грађански законик, Аустријски грађански законик, Швајцарски, Немачки... Сви они баштине Римско право, а затим мало модификовано кроз пандектистику. Све је то правна историја на којој почива дашњи модерни правни систем Европе. Неко ће рећи да то нема много везе са англо-саксонским правом, са америчким правом. Има, и те како. И англо-амерички *common law* систем навелико користи огроман број појмова из Римског права и из правне историје. Дакле, познавати правну историју, пре свега познавати Римско право, то је један део објашњења зашто је потребна правна историја, а други део објашњења је да не можете разумевати данашње правне институте ако не знате како су они изгледали у претходном закону. Претходно законодавство не умире, претходно законодавство се само моделира. Редак је закон који се одсече у потпуности из прошлости и креира некакве нове идеје или нове правне категорије. Скоро свака модерна правна категорија утемељена је у неком појму који је стваран у претходним вековима. Зато је значајна правна историја, јер ко хоће да разуме позитивно право, он зна правну историју. И добри номотехничари, писци закона, добри законодавци, а поготову добри професори правних факултета широм света, сви имају изванредно добро познавање Римског права и правне историје. Дакле, није само

Римско право правна историја. Ниједан правни пропис не настаје *ex nihilo*, одједном и сада. Сваки се односи на претходни правни пропис, и ако неко жели да буде добар законодавац, а поготово ако жели да буде добар професор правног факултета, а тако је то свуда у свету, они сви добро познају правну историју, а не само норме Римског права. Ви ако хоћете да видите зашто једна норма сада изгледа тако, ви морате мало да се вратите у претходни закон који је регулисао ту исту област и онда ћемо разумети зашто се нешто променило. Дакле, разумети историју и живот правне норме, то је, у ствари, разумети право. Разумевати право као позитивно право, то је пут у пропаст, јер позитивно право живи кратко време. Па, колико брзо мењамо законе – Југославија и Србија су били шампиони само у променама устава. За неких четрдесетак година променили смо шест, седам устава или уставних аката. Када се мења устав, мења се све, цела конструкција. Ако ви немате једно утемељење у правно-историјским концептима и појмовима, онда стварате правне системе који су климави и који су технократски. Познавање правне историје је борба за дух права, за спасавање суштине права.

Д. В.: Доказ тој континуитету чак можемо наћи и у комунистичком законодавству, након Закона о неважност и правних промена донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације. Ма колико их укидао, он се о њима ослањао на преходна законска решења.

С. А.: Сјајан пример. Управо тако. Дошао је комунистички период, прекидамо са свим оним што је било раније. Али је опет то законодавство рекло: „Остају на снази принципи Српског грађанског законика“. Не може се непосредно примењивати, јер није згодно да се један комунистички режим сада позива на члан 153 Српског грађанског законика Кнежевине Србије, али су принципи Српског грађанског законика преживели до данас, и живе и данас.

Д. В.: Сада бисмо прешли мало [на причу] о Вама, о Вашој личности, Вашем научном усавршавању. И у том погледу бих желео да Вас нешто пита о Вашим научним звањима. Сва своја научна звања Ви сте стекли на Правном факултету Универзитета у Београду. Да ли нам можете рећи нешто о том развојном путу?

С. А.: Развојни пут Боре Шнајдера се одвијао пре свега опет у вези са Класичном гимназијом. Дакле, о чему ћу прво писати него о нечему што је везано за класичну Грчку. Тако сам врло брзо дошао до наслова своје магистарске тезе. То је заиста нешто што заслужује реченицу-две више од докторске, што би било можда и изненађујуће. Моја

магистарска теза је везана за најстарији сачувани законик у Европи, из петог века п.н.е., који се налази на Криту у месту Гортини и зове се Гортински законик. Ја сам ту тему практично одабрао сам. Имао сам ту срећу да ми је ментор, професор Љубица Кандић, дозволила ту слободу да ја одаберем, а она да прихвати. Имао срећу да су ми у комисији били професори Обрад Станојевић и Драгомир Стојчевић. Дакле, једна заиста сјајна комисија наших правних историчара, која обавезује. Али, право рећи, у то време су се тезе и писале другачије. Магистарска теза није била ни налик данашњој мастер тези. Магистарска теза се тада спремила дуго. Ја сам одлазио и на лице места. Ево и неколико реченица да бисте боље схватили како се мења време у којем живимо и у коме се истражује.

Знате, ја сам се сада вратио својој магистарској тези. Радим неки *revival* магистарске тезе, да видим како данас изгледа наука о Гортинском законик, и онда схватим да сам ја живео у праисторији 1977. године. Ја сам своју магистарску тезу прво писао у рукопису. Онда се она морала откуцати на писаћој машини у два до три примерка уз индиго папир, да би је видели ментор и чланови комисије. Након што је то готово, ви онда морате да одштампате тезу. Да ли ико више зна од младих људи, то сам сада установио, шта је гештетнер и како се тада умножавала магистарска теза?

Д. В.: Факултет је сје уписао 1969. године, а дипломирао 1973. године. Након завршетка студија сје се на исти факултет и запослио. Како бисте данас описали ову, сада пола века дуго везу са Правним факултетом Универзитета у Београду, и шта сам факултет за Вас представља.

С. А.: Факултет је друга кућа, како сам ја стално говорио, и то заиста јесте тако. Факултет је тада био у једном посебном стању после чувених демонстрација 1968. године. Ми смо као гимназијалци из гимназије у Његошевој за време студентских демонстрација знали да дотурамо јогурт студентима у штрајку, хлеб на споредна врата из Ташмајдана где сада улазе аутомобили, а у то време полиција није покривала та врата. Тада смо се осећали важни што већ као матуранти можемо да будемо полустуденти, и можда је то један од разлога мог везивања за Правни факултет. Када смо 1969. године дошли на Правни факултет затекли смо заиста звезде Правног факултета. Ту сам упознао Милана Бартоша, Михаила Константиновића, Радомира Лукића. То су била велика имена тога времена. Људи који су представљали громаде и на нашој катедри, а већ смо поменули и нека имена. Правни факултет је био Јова Ђорђевић који је тада писао Устав ондашње Југославије, како су га некада звали – Титов уставописац.

Ту су се кретали и људи који су представљали озбиљне величине и у ондашњој политици, али и велика имена у правној науци. Заиста смо знали то и да ценимо. Имали смо професоре који су мало одударали од тог политичког изгледа. Имали смо професора попут професора Познића који је увек долазио са шеширом, и приликом проласка поред било ког студента благим наклоном скидао шешир и поздрављао се са студентима. Мало личи на шешир професора Вујића, али то смо ми могли још 1969. године да видимо у ходницима овога факултета. Факултет је заиста био право место. Препознали смо скоро сви значај ове институције као образовне институције, али и њен значај за једну социјализацију. Тај студентски живот је деловао мало другачије, људи су били много ближи, а од прве године смо били повезани и кроз афинитет према Римском праву. Захваљујући професорима, тада већ почињу неки корени стварања студентско-професорских институција, које функционишу до данас, као што је Форум Романум, а о чему ћемо сигурно још и говорити. Правни факултет нас је примио оберучке. Међу тим бројним студентима ми смо умели да формирамо нека ужа језгра за дружење, и заиста је то место било као друга кућа. Ми смо долазили на предавња која су нам била право задовољство. Нисмо могли да појмимо да одемо са часа. Уживали смо да будемо на већини предавња. Велики број предавања су била изузетна и ми смо их марљиво и пажљиво слушали. Било је професора који су били скоро козери, па сте уживали као на позоришним представама. Сви се сећају Жике Бујуклића и његових предавања. То је оно што је Правни факултет давао студентима, давао је своју душу, а онда су многи студенти знали то да узврате.

Д. В.: Осврнимо се мало на историју Правног факултета. Колико далеко она сеже и да ли се ми сада налазимо у трећем веку постојања Правног факултета Универзитета у Београду?

С. А.: Тако је. Ми смо дуго потцењивали дубље корене Правног факултета који сежу до 1808. године и прихватили смо дуго времена један други датум – 1841. годину, када је Милошев лицеј из Крагујевца прешао у Београд, и када су 1841. формирана три одељења: филозофско, правословно (не православно) и техничко одељење. Од тада смо ми рачунали историју Правног факултета Универзитета у Београду. Онда је пре више од петнаестак година почело истраживање које је показало да у суштини ми Правни факултет баштинимо не из времена Милоша, већ из времена Карађорђа. Практично у Карађорђево време, а захваљујући и Доситеју понајвише, формирана је такозвана Велика школа 1808. године, а не треба заборавити да је то устаничка Србија, и да ту има интелектуалаца, особито из Војводине, који до-

лазе да помогну интелектуални развој Србије. 1808. године је почела настава на Великој школи, и која је трајала три године. Наш колега са катедре, садашњи декан Зоран Мирковић је, на неком трагу који сам ја зачепркао, дошао до озбиљних доказа да је та Велика школа формирана по моделу аустријске школе *Fachhochschule*, или такозваних краљевских академија које су трајале три године. Европа је имала бриљантне универзитете. Поготово Аустрија и Немачка. А онда је Марија Терезија проценила следеће и направила прву, како ја волим да кажем, болоњску реформу у високом образовању. Она је схватила да су им потребни добри и савесни чиновници, државни службеници за чије образовање је потребно три године, јер њој нису били потребни научници. Њој су били потребни практичари за ону, већ велику Аустрију, а потоњу Аустроугарску. Тако је систем образовања свео универзитете на само три универзитета крајем 18. века, и то у Лвову, Бечу и Прагу. Чак је и Будимпешта била сведена на *Fachhochschule*, а то би данашњим речником било – струковна школа. Тако је наставни план изгледао у скоро свим другим деловима Аустрије. По свој прилици, тако су се и Срби, укључујући и Доситеја, који је био европски човек, инспирисали таквим концептом школе. То није био универзитет, ал' је била прва правна школа. Чиме то доказујемо? Наш наставни план 1808. године на Великој школи обухватао је филозофију и друге дисциплине, али је већ у другој години имао половину правних предмета, док су у трећој години правни предмети били у већини. Уставно право, то јест, Правно уређење државе како се тада звало, Грађанско право и Кривично право. Дакле, скоро све правне дисциплине су постојале у тој првој Великој школи 1808. године. Данас се на згради Правног факултета на самој фасади види та 1808. година. Ту годину је преузео и Универзитет у Београду, и дан-данас је београдски Универзитет свестан да су заједно израстали Универзитет, Правни факултет, па и Филозофски факултет. То су била та два језгра која су формирала тај пра-прауниверзитет 1808. године, под називом Велика школа, са профилем који није био универзитетски по данашњем схватању, али јесте био највиши степен образовања који се тада добијао у Европи – трогодишњи степен. Исто је тако касније Болоња рекла да нам не требају студенти који студирају четири године, већ су нам довољне три плус две године, што је велика грешка. Видим да су сви факултети чак и у свету полако прешли на систем четири плус један, то јест, четири године за звање струке којом ћете се бавити цео живот и година за мастер који није ни налик некадашњим магистарским студијама. Правни факултет у свом другом животу од 1841. године (првим животом сматрам период од 1808. године) постаје стожер. Стожер који је у почетку

имао само три професора. Један је био Јован Стерија Поповић и предавао је Природно право, други је био Игњат Станимировић, и трећи Рајић. На почетку је било мало студената, који су се брзо умножавали. Томе је много допринео Милош када је почео да шаље наше студенте у иностранство. Касније скоро да није било професора на Лицеју и после на Великој школи када је трансформисана, који су завршавали наше студије. Сви су доносили дипломе прво из Беча, па и из Француске, нарочито шездесетих година, када је Париз постао расадник српских амбасадора. То је постало језгро српске интелектуалне елите, а поготову у области права, и то се осетило у општем нивоу Правног факултета. Професори Правног факултета су тада били стручњаци европског ранга, признати. Тај Правни факултет су започињали у Београду, па су онда одлазили и једну годину завршавали на неком факултету у иностранству, па трећу годину на неком другом у иностранству, и то је било оно што се данас зове мобилност. Ја сам имао срећу, а причали смо о Класичној гимназији, да видим индекс академика Светозара Радојчића, оца моје покојне другарице Гордане Радојчић. Он је четири године студија провео у Европи на различитим факултетима. И тада није постојао проблем признавања оцена и признавања диплома јер се знало који професори где предају. Тако је и наш Правни факултет у интервалу од 1841. године до формирања Универзитета 1905. године био један светионик правне науке, али не локалног значаја. Регионалног сигурно, а у многим стварима и европског нивоа. То је, у ствари, био Правни факултет и доста тога је задржао.

Д. В.: Поменули сте њај први и други животи Правног факултета, али Правни факултет је живео својим животом и њоком немачке окупације, а и за време НАТО бомбардовања, ња да ли бисте нам нешто рекли о њом првом, ња и овом другом ванредном стању?

Проф. Сима Авамовић: Да, и то је већ сада четврти и пети живот Правног факултета. Можда би трећи живот био Универзитет, када је 1905. године формиран Универзитет у Београду. Тада Правни факултет постаје правни, у смислу да није више „правословни“, и тада се у оквиру Универзитета развија на потпуно новим основама. Наравно, ту је Први светски рат који прекида један потпуни узлет Универзитета у Београду, али је све то било сјајно до Другог светског рата. Уочи Другог светског рата почиње четврти живот Правног факултета. Ето, сад смо склопили неку нову историју Правног факултета.

Непосредно пред почетак бомбардовања завршена је ова зграда у којој сада седимо донацијом краља Александра Карађорђевића – он је дао новац за изградњу ове зграде, али, наравно, било је ту и др-

жавних фондова. Можете доле у нашем факултетском музеју снимити један врло важан историјски документ, када Милан Стојадиновић спушта у темеље повељу о оснивању Правног факултета, и, наравно, можете снимити ту повељу чија је сада фотокопија такође експонат у нашем музеју. Зграда је брзо урађена, и она је практично почела са радом, уселила се, 1941. године. Ту причу ми је испричао син великог руског професора, Александра Соловјева (*Александр Васильевич Соловьёв*), који је припадао генерацији тих Руса који су много значили у трећем животу Правног факултета – од оснивања Универзитета до Другог светског рата. Тада је Правни факултет имао око четрдесет професора, а десетак њих су били Руси. И ено, на улазу у библиотеку, за време мог деканства, подигли смо плочу са именима свих професора који су предавали на овоме Факултету. Нарочито су истакнути били Тарановски (*Фёдор Васильевич Тарановский*) и Соловјев. И прича из живота Соловјева је прича о Факултету. Соловјев, који је био Рус, доживео је страшна путовања кроз Европу, као и многи Руси, док се није скрасио. Не знам колико људи знају да је 1920. године Београд имао око 100.000 до 120.000 становника, а да је од тога било око 15.000 Руса. Сваки десети Београђанин био је Рус. И ти су Руси дали огроман допринос развоју српске културе, архитектуре. Где год макнете сада, то су зграде које су дигле руске архитекте. Потом, допринели су развоју медицине. Целокупна српска култура је страшно задужена у томе периоду, па и Правни факултет. Тако је Соловјев, из приче његовог сина, који такође носи име као отац, Александар Соловјев, а то и није традиција православаца, да син добија име по оцу. Наиме, код нас се име добија по деди, као што сам га добио ја, и сада мој унук. Али, оно што је ту занимљиво, јесте што је Александар Соловјев старији, професор, дао име свом сину по краљу Александру, у знак захвалности што је он тако здушно примио Русе у Југославију, јер Југославија је била једна од најважнијих Мека у коју су избегли ти силни интелектуалци белогардејци. Е, тај Александар Соловјев млађи ми прича како је са својим оцем ушао у ову зграду, како је његов отац Александар Соловјев добио овај први кабинет, чим се уђе поред лифта, и како је заплакао када је ушао у кабинет. Тада се Правни факултет доста селио и био по различитим зградама. Био је, између осталог, у Капетан Мишином здању, па у једној зградици на Обилићевом венцу, па му је библиотека била на трећем месту. Дакле, Правни факултет се коначно скрасио уз огромне емоције професора који су гледали израстање те зграде и који су први пут добили своје кабинете.

Е, онда почиње тај несрећни четврти живот Правног факултета, са бомбардовањем. Мало је оштећена тек завршена зграда нашег фа-

култета, али, срећом, не претерано. Библиотека је, срећом, већ доле била усељена па књиге нису страдале. Е, онда су Немци по уласку у Београд врло брзо видели да је то зграда погодна за команду Немачке армије у Београду, и тако су се Немци уселили у ову зграду пре него професори. Тада се једна врло значајна епизода десила. Правни факултет је тада имао једног професора финансија по имену Јован Ловчевић, али то име је у ствари немачко име Јохан Јегер (*Johann Jäger*). Његов отац је градио пруге, он и његов брат су се родили овде. Они су по рођењу добили српска имена, а оно јегер (ловац) из свог презимена су претворили у Ловчевић. Тако је професор Ловчевић био рођени Немац по пореклу. И онда је он рекао тадашњем в.д. декана: „Ја ћу да разговарам са командантом немачког гарнизона да се сачува ова зграда“. Немци су са спољне стране искористили ону маскирно жуту фарбу како би се заштитили од бомбардовања будућих, савезничких, као да су знали. Али је унутра, у згради, била библиотека. И већ су њихови војници почели да разносе књиге и да се на њих греју тако што су их ложили, на шта је Јован Ловчевић отишао код команданта и рекао: „Слушајте, и ја сам Немац. Бар ми Немци знамо вредност књиге и науке. Користите ову зграду, нормално је да ћете овде радити све што војсци треба, али сачувајте библиотеку, да не укаљамо образ Немаца“. Врло паметан приступ, који је уродио плодом, и тако је наша библиотека остала сачувана, са изузетком тих неколико књига које су у почетку страдале, и она данас представља једну од најбогатијих правних библиотека у целом региону. Можемо рећи најбогатија правна библиотека на Балкану. Књиге из тог периода, пре Другог светског рата – то је право богатство. И то је сада четврти живот. Пети живот је ново бомбардовање, које смо преживели безболно као зграда, али тешко као нација, и ту ћу само кратко рећи да су се људи овде помало организовали, а морам и помало нескромно признати, да сам ја био један од тих вођа првог медијског компјутерског рата против бомбардовања. Имали смо већ тада неколико компјутера, већ су били почели да функционишу, доле у оном делу где су сада асистентски кабинети са улазом на двориште – ту смо били шћућурени и ту смо писали писма на све стране, свим нашим пријатељима, страним професорима. Тада смо већ имали доста добар лични контакт, али слободно можемо рећи и репутацију у свету. Са многим странцима смо комуницирали. Алан Вотсон (*Alan Watson*) је тада већ био један од наших великих пријатеља, који је у Америци почео акцију заустављања бомбардовања. Имао сам тада једну епизоду, ајде испричаћу је, па ви то можете исећи ако то буде вишак, када нам се обратио један индијски новинар, Ситхард Валалхајам, главни одговорни уредник *Times of India*, и рекао: „Дајте ми једног

студента који добро говори енглески, ја хоћу да пишем на дневном нивоу извештаје из Београда и о томе како људи живе“. Тај новинар је провео неколико дана у хотелу Москва, а онда је тамо нестало воде и струје и молио је потом да га прими Правни факултет на спавање. Ми смо тада већ имали гарсоњеру за стране госте, и тадашњи декан је рекао да може, али на његову сопствену одговорност. Јер знате, Метропол је ту, за који смо очекивали да ће бити циљ, као што је и хотел Југославија био бомбардован, јер се знало да су се у тим хотелима заиста вероватно постављале некакве постаје које су биле коришћене за одбрану од бомбардовања. Ми смо њему рекли, факултет вероватно неће гађати, али близу је Метропол. Међутим, ништа, он је пристао на тај ризик и из тога су изашле серије његових текстова о Београду за време бомбардовања. Упутићу вас касније на један текст, можда вам буде занимљив па га можете и прочитати – како је тај човек после завршио у мојој кући, како је био угошћен када нисмо имали струје, онда када су нас гађали са оним некаквим карбонским или графитним влакнима – када је Србија три или четири дана била у потпуности без струје, када се месо у фрижидерима и замрзивачима цедило, и када смо ми онда због тога износили све што имамо на трпезу, звали комшије, доле у подрум, односили мало вина и шта ко има, и тако проживљавали онај период док су завијале сирене. Правни факултет је као зграда прошао неоштећен. Ми смо тада чак и неке испите одржавали да би студенти могли да полажу, тако да није само корона спречила редовно одвијање наставе на овом факултету. Безболно смо кроз то прошли, али био је то заиста на неки начин преломни тренутак у животу ове институције.

Д. В.: Да закључимо шему везану за факултети, моли бисмо да кажемо да је факултет делио судбину српског народа и Београда и да је представљао једно својеврсно расадништво српске интелектуалне, а свакако и правничке елите.

С. А.: Сигурно. Сигурно. Знате, када човек погледа ове великане попут Слободана Јовановића, који је вероватно чак до и сада наш највећи правник, зато и стоји његова биста испред факултета. Па ајде да кренемо и од Михајла Константиновића, нашег Лукића... Покушали смо да у време мог деканског мандата неколико тих биста ставимо око факултета – ено сад смо окупирали део Ташмајдана нашим бистама и нашим амфитеатром на отвореном. Видите, то су људи који су добрим делом утицали и креирали политику Србије. Већ знате целу политичку судбину Слободана Јовановића. А после Другог светског рата и у време комунизма, поменуо сам малопре, Јова Ђорђевић је био писац устава, и многи су се ту појављивали. Додуше,

политичари су ту углавном били из других крајева Југославије – они који су били веће политичке тежине, можемо рећи *decision makers*. Али је и Правни факултет увек имао доста истакнутих људи – Бора Благојевић, вишеструки ректор, био је једно озбиљно име чији су се савети слушали и у централном комитету, мада није био посебно истакнут као политичка личност. Мирослав Печујлић је био члан онога што се некада звало Политбиро. Имао је Правни факултет тада један број заиста истакнутих људи који су утицали, или делимично утицали на судбину народа. Наравно, сигурно је највише на судбину народа утицао наш студент Слободан Милошевић. Он је потекао из овог амфитеатра, он је био и председник омладинске организације у исто време када је и Коста Чавошки био студент у тој истој организацији, и још понеки од тих познатих политичара, различитих сада већ боја. Небојша Попов на пример. Тако да је Правни факултет заиста обележио и тај да кажемо политички део судбине овог народа. А оно што сви добро знају, то је да је и наш садашњи председник Републике био изузетно успешан студент овог факултета. Нећу рећи „најбољи студент Правног факултета икада“, што никада нисам рекао, али су новинари умели да изврну моју реченицу. Али, он је заиста био један од најуспешнијих студената у својој генерацији, и по успеху на студијама, а сигурно и по думетима које је касније остварио.

Д. В.: Ваша библиографија је импозантна. Од области односа државе и цркве, преко српске правне историје, па све до антике, где бих посебно издвојио античко грчко право и Вашу мајинистарску тезу. А Ваши дојринос рејторици бих оставио за мало касније.

С. А.: Лепо сте рекли. То је била моја прва љубав, и у ствари то је она љубав која ме је довела на Правни факултет, сећате се приче. Сасвим је био природан избор да се окренем једном тексту за мој магистарски рад који је био потпуно непознат у нашој јавности. До душе, професорка Љубица Кандић га је само поменула да постоји у свом уџбенику, у смислу да тамо негде постоји неки Гортински законик. И то је био траг. Наравно, када сам тим трагом кренуо, ископао сам рудник злата. Наиме, Гортински законик је текст који је сачуван *in extenso*, у целости, до дана данас. На четири реда огромних камених блокова, дужине отприлике око 10 метара и висине негде близу два метра. То је толико импозантно велики сачувани текст у коме нема дилеме шта је писало, само је требало растумачити. А то је био најстарији правни текст у Европи, настарија кодификација – пети век п.н.е. Многи кажу: „Па и није био најстарији“, ту је био римски Закон дванаест таблица. Вероватно јесте. Али ми за римски Закон дванаест таблица не знамо тачно ни када је настао. Са њего-

вим настанком су били повезани они децемвири, сетићете се, а који су ишли баш на Крит. Стога се поставља питање, зашто баш на Крит и у Грчку. Крит је био од давнина познат као расадник доброг права, још од миноског времена. Легендарни Минос, владар Крита је носио епитет „законодавац“. Али сад ти Римљани иду, траже узоре за римску кодификацију. Е сад, да ли је све то било тада у петом веку п.н.е. наука се не слаже у потпуности, али оно што нажалост јесте чињеница, јесте да римски Закон дванаест таблица није остао сачуван. И ми имамо само различите реконструкције које су настале тако што су каснији римски правници понегде поменули неку одредбу Закона дванаест таблица па је онда неко сео, прикупио те различите цитате из Закона дванаест таблица, и направио реконструкцију. И данас има различитих реконструкција, од којих је најпознатија та Шелова, тако да ми данас када кажемо „Закон дванаест таблица“ сви се кунемо у ту Шелову реконструкцију која је, како су Срби говорили – „мож’ да буде, а не мора да значи“. За разлику од тога, Гортински законик можете да додирнете. И ја сам захваљујући мојој супрузи, са којом сам тада већ почео да се забављам, и отишао на Крит, јер је она рекла: „Ти да пишеш о Гортинском законуку а да га не видиш, то нема никаквог смисла“. И тако је мене дефинитивно фасцинирао тај Гортински законик, и својим димензијама, а поготову својом садржином. Вратио сам му се пре неколико година са Правним факултетом. Ишла је цела екскурзија наших колега на Крит, и поред Кнососа и Фестоса, сви су се упознали са најстаријом европском кодификацијом, ту на лицу места. Сада све то изгледа потпуно другачије. Када смо били жена и ја 1975. године, ту је било још увек некаквог корова, није било никакве заштите нити чувара. Ми смо дошли до тог законика, ја сам га сликао неким црно-белим фотоапаратом, а око нас нигде никога. Ту је био један мали амфитеатар, цвркут птица, а ви једноставно не можете да верујете да сте на једном таквом месту а да је оно необезбеђено. Онда сам ја кукао: „Ах, ти Грци, они су као и ми, не знају да поштују своје старине“. Сада када смо били, можда сам био очајнији него онда. Сада су ту туристи, сада је ту гомила водича, агресивних, који уопште ни не причају о Гортинском законуку, него о томе како је ту у близини један храст или неко друго дрво, зимзелено, јер му не опада лишће, а у ствари је листопадно – специфична врста, и јер је ту Зевс донео Европу на својим леђима када ју је преварио као бик. И ту ју је обљубио, поред Гортине, и тако је Европа постала Зевсова жена. Тако је она дошла на Крит, и тако је Крит интегрисан у европску културу. А онда ту постоји један поточић, у који је ушла Европа, и поново јој се вратила чедност. Ето то су приче које Вам причају туристички водичи када су у Гортини, а о законуку кажу тек по две-три речи:

„Ово је неки законик“. Е онда сам ја покушао да објасним мало нашим професорима, колегама и пријатељима, и онда су се водичи побунили и тражили су полицију – забрањено је да било ко прича било шта друго осим онога што водичи причају, вероватно због хонорара, конкуренције, или не знам већ чега. Али ето, то је једна од наших епизода када смо се на месту Гортинског законика свађали са модерним водичима. Срећом, они углавном иду тамо у неку цркву Светог Тита и тамо у неку малу Агору, где су пронађени делови Гортинског законика. А сада, да се вратим на Гортински законик, године 1884. Фредерик Халбхер (*Frederic Halbher*), Италијан, али немачког порекла, пронашао је прво део тога законика и то баш испод поточића, сада већ чувеног, који је покретао неки млин, то јест, точак млина. Тако је та вода ишла и преливала се преко неког камења и направила природну заштиту Гортинског законика. Ту су се створили слојеви блата, у којим је поменути археолог нешто нађушио, почео да откопава, и то је потрајало, јер је било неких проблема са грчким властима. Прва два камена блока су однета у Лувр, и ту је настала некаква, наравно, политичка тензија, али углавном, срећом, Гортински законик је сачуван у облику у ком је написан. Њега су Римљани касније искористили за прављење једног полукружног одеона, амфитеатра у ком су се одвијале музичке представе, искључиво музичке и рецитаторске, и зид тога одеона је и данас сачуван, а изграђен је од блокова [на] којима је исписан текст Гортинског законика. Он је вероватно у том петом веку п.н.е. представљао део зида који је чинио судницу, тако верује наука, а онда су Римљани после, у првом веку, то камење које је преостало након свих освајања и разарања у хеленистичком периоду, а које је било и оштећено, искористили за градњу одеона, и ето сачували га нама до данас. Хвала Богу, он је данас обезбеђен, има један бетонски кров, који га штити од атмосферских прилика, има и решетке које га штите од туриста јер нажалост, када видите у Хиландару, горе у Пиргу, како су уписана имена и датуми када наши туристи ту били, по нашим старим фрескама, онда схватите да је боље да Гортински законик буде онакав какав је данас, него какав је био када само га посетили ја и моја жена – потпуно незаштићен.

Е, сада, прича о мојој тези. Ја сам дипломирао 1973. године, 1974. године сам уписао магистарске студије, потом полагао усмени магистарски испит, а то је био тежак испит који обухвата три испита која су се одједном полагала пред комисијом, као што се то данас чини на докторским студијама, и онда се писала магистарска теза која је имала прохтеве које данас имају докторске дисертације, и по обиму и по квалитету. Међутим, да бисте ви писали магистарску тезу, ви сте морали имати литературу. Рекао сам каква је наша факултетска биб-

лиотека, и срећом, заиста, та библиотека је мени дала увид у озбиљну литературу. Нико од наших старих професора се није бавио грчким правом, или ни мало, али су знали које књиге треба куповати за библиотеку. Тако да су кључне књиге које су биле важне за информисање о Гортинском закону биле овде, на Правном факултету Универзитета у Београду. А потом је кренуло моје путовање – Атина, Солун, Минхен, Лондон... Морало се тражити на све стране, и, наравно, звати пријатеље који ће нам слати фотокопије. Једино тако се могло доћи до литературе. Није било интернета да потражите *Google Scholar* него сте морали да срећете људе, и то је била сва срећа, што смо се сусретали и што смо тако упознавали људе који су о нечему писали, а не доживљавали само као неко име са интернета. То је био тај први део епизоде, сасвим другачији од данашњег истраживања када се пише докторат. Међутим, оно што је сада занимљиво и што сам тек сада скоро установио, то је та техничка припрема израде магистарске тезе у то време. Први рукопис је био писан оловком на папиру. Дакле, изворни текст. А онда када дођете до неког текста који сматрате прихватљивим, ви га онда куцате на писаћој машини. Вероватно се сви сећате, али из филмова, оне машине која се набада прст-по-прст. Ако сте брзи и ако имате добру машину могло је и више прстију. Али обично су биле тврде па сте морали свако слово добро да убодете, и оне су имале ону траку, и то се наравно појављивало на папиру, и могли сте помоћу индига, индиго папира, који стављате у два три слоја, да од једног куцања добијете два три примерка. Али је онда тај папир морао бити танак. Звао се „пелир папир“, који се користио уместо овог тврдог, и он се лакше осликавао на оном трећем примерку преко индига, јер сте то морали дати члановима комисије или ментору. Када се то заврши, онда почиње главна одисеја. Е, то је оно што вероватно ни 90% младих људи, а заправо не само ни младих људи, него и оних из средње генерације, више не знају. Ми смо морали да предамо укупно око десет примерака – три за менторе, седам за библиотеку, један или два за нас, и остало је ишло у Универзитетску библиотеку, Библиотеку Србије, али углавном десет примерака сте морали направити, а то наравно није могло да се куца. И онда је постојала машина која се звала шапирограф, или Гештетнер. Шапирограф је машина, а Гештетнер је фирма најпознатија која је производила ту машину, и то је нешто на чему су се штампали материјали у оно комунистичко време када је требало објављивати текстове. Онда су се они умножавали уз помоћ невероватне справе која се зове матрица. То вам је било неколико повезаних и издужених листова, где је први лист био воштани папир, други је био нека врста копиј или индиго папира, а трећи је био празна хартија. Е сад,

како се куцало. Ви увучете у машину ту матрицу, а овај спољни део је имао восак на себи, скинете са писаће машине траку и што јаче куцате слова, да би се она урезивала у воштану матрицу, јер онда та матрица када се испише цела, улази у машину – гештетнер, који онда на добошу, неком бојом црном намаже тај добош, који потом почиње да врти ту матрицу и кроз оне рупице које сте ви направили словима појављује се отисак слова која су ту написана. И тако је онда могуће нешто урадити у десет, дваесет, па чак можда и педесетак примерака, колико матрица може да издржи. Дакле, требало је искуцати две стотине и тридесет матрица, колико је тада страна имала моја магистарска теза, али није то била сва мука. Мука је била и у томе што је моја теза по природи ствари морала имати грчка слова, неке грчке појмове. И сад, како на тезу укуцати грчко слово? Тако што извучете матрицу из наше машине, латиничне, тад се није ни користила ћирилица уопште, а и друго згодно ми је било због иностране литературе – немачке, италијанске, бар да ту немам проблем. Па онда увучете ту матрицу у машину са грчким словима, па онда рихтате да се редови покlope, потом укуцате тај грчки текст, а онда извадите па вратите у прву машину и наставите даље. И таман када дођете до краја стране, онда погрешите. Или све испочетка, или је био неки лак којим се могла премазати, прелакирати та матрица, и онда ви преко тога можете две трећине слова да исправите. Стога, уколико будете снимили тезу, моћи ћете да видите да је то доста лош отисак. Није то било много читљиво, али је било у довољном броју примерака. То су дакле биле муке по техници, а оно све друго су биле слатке муке, истраживачки део посла.

Д. В.: *„Како се калио научник“...*

С. А.: Тачно тако. Тај Гортински закон је, дакле, исписан на тим каменим блоковима, а на сваком каменом блоку је уклесан стубац текста, са педесет, или нешто више, педесет пет редова, па онда мала пауза, па опет нови стубац, па опет чист део, па нови стубац, и тако укупно дванаест пута. Дакле, Гортински законик има дванаест колумни, како то зовемо. А неки кажу дванаест таблица. Асоцијација је невероватна са Законом дванаест таблица у многим значењима. Свака колумна је писана грчким алфабетом, дорским стилем то јест дијалектом, који се мало разликују од јонског, атинског. Али оно што је било необично у почетку јесте што је први ред, трећи ред, и сваки непарни ред разумљив, а сваки парни ред је био неразумљив. Видела су се слова, али она ништа нису значила. Наравно, из других натписа који су се пронашли у Гортини, брзо се схватило да је у питању посебан стил писања који се зове „бустрофедон“, према ком слова

иду један ред слева надесно, па следећи ред здесна налево, па онда следећи слева надесно, и тако до краја, као во који оре. И бустрофедон значи управо то – „во који оре“, јер он дође до краја њиве, и одмах се окрене и плугом забодје даље. Тако је и онај несрећник који је имао задатак да клеше овај Гортински законик, поготово када су ти виши делови законика били у питању, па и столичницу ако је имао, није морао да се враћа на почетак реда, него дође до краја и одмах пише полако уназад, и тако је читав законик написан у бустрофедон стилу. То такође указује на старост тога текста. Тек ће грчки текстови у јонском делу да се пишу нормално. Ово је неки утицај са истока, можда чак и феничански, нека чудна мешавина, али врло врло препознатљива у епиграфици, и има своје име – бустрофедон. Што се тиче садржине, нема никаквих ту религијских инвокација, само је прва реч у законуку „Богови“, и онда почиње са нормама. Прва колоне је о судском поступку, и углавном о томе како људи треба да се односе према другима када имају потраживање према њима, и да ли смеју одмах да их воде кући у дужничко ропство због неизмиреног дуга. Гортински законик забрањује одвођење без суђења, што је са друге стране у Риму било познато. У примитивним цивилизацијама дужничко ропство је била консеквенца неисплате о доспелости, било дужника било члана његове породице, код онога ко је био поверилац у том односу. У Гортини већ уводе да о томе мора да одлучи судија, па ако судија утврди да је тај дуг заиста валидан, онда га можеш водити, али, дакле, не на основу сопствене иницијативе. Из тога се јасно види да држава узима ствар у своје руке. Уводи се државно судство. Судије су чудне, биле су вероватно козмоси, десет козмоса су били у тим аристократским полисима, а Крит је био аристократски полис, и много је више личио на Спарту него на Атину. Тако да је он хронолошки посматрано можда стотину година иза Атине, у смислу привреде и економије. Углавном, у једном таквом амбијенту, они уводе државне козмосе као судије, али са једногодишњим мандатом. Козмос није професионални судија, већ судија лаик, али пошто ће он ту бити само годину дана, мора неко ту да буде ко ће одржавати меморију суђења. А пошто је било тешко писати и није било много људи који би пресуде записивали у камене блокове, онда су увели постојање још једног судског службеника која се звао „мнамон“, чији је задатак био да памти оно што се на суду десило, и аргументе и једне и друге странке, а нарочито пресуде. Тако да је мнамон заправо био једна, како ја то волим да кажем – „ходајућа архива“. А тога је било и касније – у средњем веку, на пример, пристави се појављују као неко ко је био помоћник судије. Тај се пристав касније у нашим средњовековним градовима развио све до установе нотара. Али то

је једна дуга и потпуно другачија прича. Међутим, у свим тим цивилизацијама, није била довољно развијена писменост, а требало је да се зна како је суд одлучио, па је онда тај мнамон подучавао, објашњавао неком свом будућем наследнику да се и он сећа како се то некад раније чинило, да би данашња, англосаксонска литература о Гортинском законуку говорила о некој врсти судске праксе као извору права. Ја мислим да је то далеко од судске праксе као извора права, већ је то била само потреба да се просто утврди чињеница, ако у будућности дође до спора између странака.

Друга колумна је била о кривичном праву, само пар кривичних дела – силовање, и прељуба. Ту је невероватно видети да су чак и робови били заштићени, много мањим износом казне, али ни власник није могао силовати робину некажњено, а поготову ако је робинја невина. Осећа се, како су то марксисти некад говорили, класна разлика казне код силовања када су у питању припадници различитих друштвених слојева. Али све у свему, и тај део је био уређен.

Потом креће најзанимљивији део Гортинског законука, од треће до девете колумне, који се бави имовинским односима. Ту се навелико види да се развија правни промет, да се ту очигледно нешто дешава у друштву, некаква превирања. По мом дубоком уверењу, превирања су се састојала у томе што се гаси породична заједница, и што људи постају све више индивидуални, предузетници. Мада ту није било превише простора за предузетништво. Углавном су у питању били занати и трговина, и углавном морска трговина, јер Крит је мало острво. Тако да ту почиње некаква приватна својина да се јавља, и то је у ствари по мом дубоком уверењу разлог зашто они пишу Гортински законик – да објасне шта то иде по старом. То тачно можете одредити формулацију у законуку, каже: „А за оно што се раније десило, нека буде тако...“. У смилу да, они правни послови који су закључени по старом се не дирају, а од сада прописујемо да буде овако. Толико о значају историје права.

Д. В.: Прелазне и завршне одредбе.

С. А.: Тако је, прелазне и завршне одредбе. А модерни правник би такође рекао и „забрана ретроактивности“. Ми смо сада то прописали, али то не може да важи уназад. Невероватно диван правнички резон у једној таквој средини, далеко, далеко од оног римског права садржаног у Закону дванаест таблица, коме је та концепција потпуно далеко од свести. Ту су изванредно занимљиве одредбе о наслеђивању, конкретно о законским наследним редовима, о положају ћерке која као ћерка наследница може да спасава породицу у случају да

отац нема синове. Уколико она нема браће, то јест отац нема синове, она мора да се уда за свог најближег сродника. Тај најближи сродник је према Гортинском закону, али и према целом грчком праву, био стриц – очев брат. Тако је дете које је ћерка рађала било исте крви. Па ако њега нема, ако је умро, онда за брата од стрица, па ако нема ни њега, онда за даљег рођака, и ту Гортински законик прописује све до члана неког племенског сродства – филе. Ако нико други неће да је ожени, онда ће да се уда за некога из филе, ко је буде хтео. Немамо јасно тумачење да ли зато што је сиромашна или зато што је ружна. Вероватније је да је зато што је сиромашна. Али, углавном, није био ту само имовински мотив. Идеја је била очувати породицу. И код Грка и код Римљана породица је била највећа светиња, а гашење породице највећа трагедија. И то се морало спречити, јер је мушко дете које она буде родило представљало не сина свог физичког оца, стрица или неког другог, него сина дединог. И онда се рачунало да тај унук наставља деду и породицу као да му је син. То је била улога ћерке наследнице. Ми је зовемо ћерка наследница, и у многим преводима на стране језике се она тако назива, али то је погрешно. Она није ништа практично наслеђивала. Али је имала озбиљна овлашћења – она је могла да одузму очеве дугове из те имовине којом је управљала, а притом је и наслеђивала половину дела коју наслеђују браћа, не од непокретности, али од ових других ствари. Није да она није имала наследна права. Уопште, правни положај жене у Гортини је изузетно занимљив.

Е, онда иде девета, десета и једанаеста колумна. У њима има нешто о адопцији, нешто о облигационим односима. А онда, занимљиво, једанаеста и дванаеста колумна су неке нове одредбе, што бисмо ми данас рекли „измене и допуне“. Видели су шта не штима, или шта треба мало другачије регулисати, па су онда у једанаестој и дванаестој колумни одредбе различите по садржини, за разлику од претходних колумни где су одредбе биле груписане по садржини. Зато сам ја чврсто при уверењу да тај документ треба звати „Гортински законик“ – кодификација. Има аутора који то зову Гортинским законом, јер је он наводно писан збрда-здоло, али шта би неко више од тога него да је текст акта груписан по неким гранама права које бисмо ми данас назвали гранама права – судски поступак, дакле процесно право, кривично право, брачно и породично право, наследно... Све то можете препознати у Гортинском закону на одређеним местима у одређеним целинама. Мада ми се чини да је можда време стати са Гортинским закоником, а могли бисмо још јако дуго о томе да причамо.

Д. В.: Рекли сїе да је Горїински законик врїнак римскої Закона дванаестї таблица, уз њоједине ѡреїїосїавке да је чак и сїариїи од њеїа. Имајући у виду Ваше бављење ѡравним ѡрансїланїїима, да ли се може рећи да је римски Закон дванаестї таблица ѡравни ѡрансїланїї Горїинскої законика?

С. А.: Постоји та теорија и недоумица у науци, ето – дванаест таблица, дванаест колумни. Отприлике исто време, средина петог века п.н.е., римски извори кажу да су ти децемвири путовали по Грчкој, поготову на Крит. То би могле бити само некакве назнаке. Али ми правих доказа заправо немамо. Немамо зато што немамо Закон дванаест таблица, пре свега. Друго, има доста неких сличности, сличних назива. Међутим, све је то недовољно да бисмо могли да кажемо да је стварно у питању правни трансплант. Дивна је идеја Алана Вотсона да се правни системи угледају једни на друге. Ја бих пре рекао да је Римско право, па и Закон дванаест таблица, можда правни трансплант грчког начина размишљања о праву. Јер нису децемвири били само на Криту, ишли су они и у Атину да виде Солонове законе, да виде како су Атињани то тумачили. Ишли су и на Сицилију. Многи верују да је много јачи утицај извршило то прво законодавство Грчко са Сицилије – Залеук, Харондас, који су били први законодавци на Сицилији, у данашњој Катанији, у Локрису Залеук. Међутим, да ли је то правни трансплант, било би одвећ храбро рећи да јесте без многих извора. Али да су правни транспланти постојали већ у антици, то је Вотсон најбоље доказао у својој књизи, коју је тако и назвао и која га је прославила – „Правни транспланти“. Правни транспланти данас представљају једну од владајућих теорија које објашњавају настанак права из угла модерне правне историје.

Д. В.: Да ли нам онда нешїио можете рећи о самом Алану Вотсону?

С. А.: Са задовољством. Алан Вотсон је пре свега велики пријатељ Правног факултета. Имате и његову фотографију, када је, нажалост, преминуо пре две године. Прву комеморацију Алану Вотсону одржао је Правни факултет. Први некролог Алану Вотсону објављен је на енглеском језику у часопису Анали Правног факултета, у енглеском издању. Алан Вотсон је заиста једно од највећих имена америчког права, мада би се окренуо у гробу када би чуо реч „америчког“, јер је он поносни Шкотланђанин и увек је говорио: „Ја сам прво Шкотланђанин, па тек онда Американац“. Рођен је у Единбургу, и припадао је том шкотском начину размишљања права, с обзиром [на то] да се школовао у делу Велике Британије који је баштинио традицију великим делом континенталног права, а не ону чувену традицију ен-

глеског *Common Law*-а. Тако да је са тим једним срећним околностима Алан Вотсон од самог почетка добро познавао и *Common Law* и ово наше континентално право. Енглези су били јако затворени према Шкотланђанима у области права. Алан Вотсон је, а то је јако занимљив податак који сам чуо од њега, први шкотски професор који је постао професор на Оксфорду. А на Оксфорд га је довео Дејвид Даубе (*David Daube*), Јеврејин, који је тада предавао Римско право на Оксфорду. Он је био фасциниран Вотсоновим познавањем језика, познавањем латинског, грчког... Класичар, је л' те – Класична гимназија. Фасциниран је био његовом интелигенцијом, брзином размишљања и оригиналношћу мисли. По томе је Алан Вотсон заиста потпуно био специфичан. И рекао му је, бар како нама Алан Вотсон прича: „*Do you want a position at Oxford?*“ На то питање Алан Вотсон није могао да верује, јер би био први човек из Шкотске који би ту [позицију] добио. Одговорио је Дејвиду: „Наравно, али како?“ И тако је Алан постао прво професор на Оксфорду, али је тада паралелно предавао и у Единбургу. А онда су га узели Американци, када су видели колико је талентован. Прво је прешао на Универзитет у Пенсилванији, па се онда заљубио у своју супругу, са којом је остао до краја живота, у једној малој држави, доле, на Универзитету који има чудан назив – *University of Athens*, усред Џорџије, а не у Грчкој. *Athens* у Џорџији је један јако добар Универзитет. Један од можда и најпознатијих у области медицине, али има и изванредну правну науку. И тако је Алан Вотсон постао амерички правник. И сви ће данас рећи „Алан Вотсон, амерички правник“, који је, ако ништа друго, урадио две ствари – креирао теорију правних транспланта, о којој ћемо рећи реч-две, а друго је, што је исто много важно, први пут на прави начин превео „Дигеста“, римску најзначајнију правну књигу, Јустинијанову кодификацију на енглески језик. Није наравно он био преводилац целих Дигеста, што би било немогуће. Тачније, он је преводио делове и организовао посао. И у његовом издању се појављују Јустинијанове норме у Америчком правном систему. Прва ствар коју сам поменуо је наравно теорија правних транспланта – његово уверење које је гајио баш као добар правни историчар, да сваки правни систем, када креира право, најчешће полази од сопственог обичајног права ако су у питању примитивне заједнице, а ако су у питању напреднији правни системи, загледају како комшије то регулишу, а када је у питању модерно право, по правилу узимају у обзир праксу и искуство упоредног права. Зато је упоредно право једна веома важна дисциплина данас, али је оно дуго било погрешно конципирано. Веровали су да је упоредно право техничка дисциплина, а не наука – „Хајде само да видимо како је то у Немачкој, у Француској, у Ен-

глеској и у другим земљама“. А Алан Вотсон, и једна друга група професора, међу којима и наш професор Бора Благојевић кога сам већ и поменуо, и који је основао Институт за упоредно право који и дан данас постоји, био је на становишту да је упоредно право наука, а не само метод. И то је кључно питање. Да ли је упоредно право само метод – како да видим шта је где, или оно има неку дубљу суштину – да ли норме утичу на норме. И то је та школа мишљења која је превладала, да је упоредно право наука. А како се та наука развија, Вотсон је дао одговор кроз теорију о правним трансплантима. Дакле, када год човек поставља себи питање „како решити један правни проблем“, погледаће како је то било у римском праву, прво. Па ће онда погледати како је то било у неким другим правним цивилизацијама, у француском законнику, аустријском грађанском законнику у 19. веку, па ће онда доћи до савременог права и рећи: „Хајде да видим како је то уређено у суседним земљама“. Ја сам, мада правни историчар, учествовао у припремању неких законских текстова, један је био Закон о Универзитету, а други је био Закон о односу државе и цркве. Ја сам тада схватио колико је Алан Вотсон био у праву са теоријом о правним трансплантима, јер сам видео да су све те законодавне комисије, прво што су урадиле рекле: „Хајде да сакупимо како су то решили Хрвати, Словенци“, јер они су раније отишли у Европску унију, па су и та питања брже решавали. „Дај да видимо решења из Мађарске, Грчке, окружења“. Дакле, ниједан законодавац више не измишља топлу воду, већ полази од неких решења која потом покушава да прилагоди. Алан Вотсон је зато посебно био одушевљен српском правном историјом, јер је у српској правној историји нашао додатну потврду своје теорије. Он је, наравно, поставио питање: „Како долази до правних трансплантата?“ Да ли зато што писац закона воли један правни систем и има поверења у њега? Некада, сасвим извесно, то Алан тврди, и то је тачно, до трансплантата долази наметањем, некада силом, некада милом, на пример, као што Европска унија нама намеће европске правне норме. Како? Сада, на пример, кроз праксу Европског суда за људска права – по систему, пресуди ти другачије, па ће твој држављанин, ако на крају у твом домаћем законодавству не добије оно што мисли, да тужи државу пред Европским судом за људска права. И ето га, уједначавање права на нивоу Европе. То су сада ти правни транспланти због којих сваки законодавац помало води рачуна о тим европским стандардима. Никада неће да Вам Европљанин каже да они имају готова решења, него углавном „*acquis communautaire*“ – заједнично право, и ту смо отприлике, на нивоу принципа. Али свакако те принципе треба преточити у конкретну правну норму, и онда се заиста прибегава правним трансплантима. То су, ја бих их назвао – „прав-

ни трансплантаци милост“. Поред оних силом. Али, трећа група правних трансплантата, због које је Алан Вотсон највише нападан, и због којих ћете наћи дрвље и камење које се баца на Вотсона. А то је чињеница у коју је он био дубоко уверен – да некада трансплантаци настају случајно, због случајности. И омиљени пример му је био Турски грађански законик, који је реципиран од Швајцарске. Можете мислити! Турска, Кемал Ататурк (*Mustafa Kemal Atatürk*), полигамија, чудо Божије... Шеријатско право, нарочито у области породичног права, узимају швајцарски трансплант. Зашто, како? „Ататурк је желео да то буде модерно“. Све то јесте тачно. Али зашто баш швајцарско, што нису узели Немачки законик који је после тога био донет и који је био још бољи. Зашто швајцарски, а не немачки, зашто не француски *Code Civil* као модел. А пре тога је Турска великим делом се угледала на француско право. У 19. веку, наравно, и поред тога што је шеријатско право било преовлађујуће, у Турској је био један покрет модернизације много пре Кемала Ататурка, и угледали су се на француско право. И зашто сад одједном швајцарско право? Алан Вотсон се толико заинтересовао да је отишао у Турску, и провео тамо скоро две године истражујући шта се ту десило. Ту се и заљубио у Туркињу, па научио турски. Узгред, он је 12 језика говорио без проблема, између осталог и турски. И онда је дошао до једног врло бизарног закључка – да је Кемал Ататурк задужио свог министра правде, Бозкурта (*Mahmut Esat Bozkurt*), да он види које ће право да буде модел за Турску. Одговор је био прост. Дотични министар правде је студирао у Швајцарској, најбоље је знао швајцарско право, и руку на срце, вероватно је био заљубљен у швајцарско право, и оно, руку на срце, јесте било један врхунски правни систем и најбоља грађанска кодификација у том периоду, и он је рекао Ататурку: „Идемо на Швајцарску“. А онда је Вотсон рекао да, да је министар студирао у Немачкој, вероватно би у питању било немачко право, а да је студирао у Француској... И тако је Алан Вотсон био изложен критикама изузетним. А онда је Алан упознао Србију, и случај нашег грађанског законика, који му је постао после омиљени пример за то да правни трансплантаци могу настати и таквим некакавим стицајем околности. Јер Српски грађански законик, као што многи наши студенти данас знају, у почетку је, по Милошевој иницијативи, по којој је рађен, дат једном Грку – Георгију Захаријадесу – који је био учитељ Кнеза Михаила, да он направи на основу француског *Code Civil-a*, јер тај законик је тада заиста био главна звезда, донет 1804. године, а Француска је тада била велика. Тако је одређено да се према *Code Civil* направи некакав модел за Српски грађански законик. Тај Захаријадес је јако то лоше урадио, јер, ем је био Грк па није добро знао српски, ем није знао ни француски, па је

преводио *Code Civil* са немачког. И тако је Милош добио неки текст, како би Милош рекао, који је био „чорбине чорбе чорба“, и онда каже Милош, Алекса пише у својим мемоарима: „Овај што пише или је био пијан или је луд, ово не вреди ништа“. И тако он позове, прича је мало дужа, а ја се сада скраћујем, Јована Хаџића, српског адвоката из Новог Сада, а једно време чак и градоначелника Новог Сада, творца Матице српске, једног интелектуалца светског формата, који је, наравно, школе завршио у Пешти и Бечу и коме је немачки био најближи језик, и који је живео у Аустрији и знао за Аустријски грађански законик. А тада није био велики избор: године 1804. *Code Civil*, 1811. Аустријски грађански законик, и пре Српског грађанског законика, Ви од познатијих законика имате још само Холандски грађански законик од 1838. године, али који је баш копија *Code Civil*-а. И сада долази Хаџић код Милоша и каже: „Ма није за нас француски модел, ми смо ближи Аустрији, па да се ми угледамо на Аустријски грађански законик?“ Углавном, да скратимо причу, захваљујући Хаџићу, и Милошу који је прихватио Хаџићев савет, Србија је ушла у круг аустријског права и германске правне традиције, а не у круг француске правне традиције. А ове две традиције се у многим стварима разилазе. Ви знате да код начина стицања постоје знатне разлике – да ли је неопходан само *iustus titulus* или је потребан и *modus acquirendi*. Кључне, важне ствари! И ми смо ушли у немачку традицију, захваљујући томе што је Захаријадес лоше урадио посао. Е, то је онда за Алана Вотсона била права посласлица, и причао је о Српском грађанском законiku широм света.

Д. В.: *Када смо већ код Српског грађанског законика, да ли за њега можемо рећи да је јуко ирејисано дело аустријског грађанског законика?*

С. А.: Опет је сјајно питање. И то је била вечита тема. Српски грађански законик је скраћени Аустријски грађански законик. Јесте скраћен, аустријски је имао хиљаду пет стотина чланова, наш има девет стотина и педесет. Еј, али станите па се запитајте, ако ти од хиљаду пет стотина чланова треба да направиш девет стотина и педесет, па ниси могао да га препишеш. Нешто си морао и да избациш. Већ је то један ауторски допринос, да ти процениш шта је потребно Србији, а шта није. Али да враг буде још већи, ту има још много ствари које је Хаџић унео. Велики Слободан Јовановић је за Хаџића рекао: „Он је био само добар копист“, али је и Слободан био мало одмеренији у тим напади-ма, које су професори права са почетка 20. века упућивали Хаџићу, управо са тим у виду, да је то лош превод Аустријског грађанског законика. А мислим да је Аранђеловић писао да је то „највећа срамота српског правничког света, да има овакав законик који не доликује ни овоме ни ономе“. Међутим, тај Српски грађански законик из 1844. го-

дине је преживео и Аранђеловића и Перића, све те своје критичаре који нису били у стању да направе бољи. Покушавали, покушавали, и сви су заглавили на истој ствари, на питању како решити питање породичне задруге. Због чега су критиковали Хаџића – „он је угушио српску задругу, он је направио геноцид према српском породичном животу“, а на крају, ни они нису имали храбрости да 1908. и 1909. године, када је започет неки пројекат, загризу то питање политичке природе. И онда су и један и други, а Аранђеловић нарочито, рекли: „Нека то питање реше политичари“. И политичари га нису решили, и остао је грађански законик до 1945. године. Преживео је 100 година, захваљујући томе што га је Хаџић урадио одлично. Он јесте, наравно, имао за узор Аустријски грађански законик, и у том домену Српски грађански законик јесте правни трансплант, нема дилеме. Али правни трансплант може бити заиста потпуно силом наметнут, потпуно преписан некритички, и оплеменењен домаћим правом. И прави правни транспланти функционишу по том рецепту, који Вотсон у ствари и сугерише – обавезно видети како је код других, али обавезно га прилагодити сопственој правној традицији. Е, у томе је значај правне историје и правне традиције – мораш познавати своју правну традицију, па да онда када узимаш неки правни трансплант, он не угуши оно што је изворно у једном народу, и што мора да се чува. И не само зато што је то ствар традиције, већ зато што је то једно дубоко правно утемељење које улива поверење људима да је право њихово, да је право не вештачка творевина, већ творевина која произлази из колективног памћења, да је аутохтоно.

Д. В.: *Скоро сам њрочићао једну занимљиву реченицу, која каже: „Оно што су математика и физика за њриродне науке, то су историја и географија за друштвене науке“, и ујраво то њотврђује ова Ваша њрича.*

С. А.: Апсолутно.

Д. В.: *Сам Јован Хаџић је сѡијматѡизован још збој нечеја, а то је ѡложај жена ѡ Српском грађанском законикy. Да ли нам можеће рећи још нешто о томе?*

С. А.: И то је још једна велика неправда, коју сам ја лично мислим отклонио, макар у књигама. Хаџић је био највећи присталица изједначавања жена у Српском грађанском законикy. Он је водио тешке преговоре са Милошем. А Милош није био баш за то. Јер пазите, сада у српску чаршију увести жену као пуноправног члана друштва, који ће имати права у области наслеђивања... Терке које ће бити наследници колико и син, које ће имати целокупан правни положај процесни као и мушкарци... И то је било нарочито деликатно, а посебно у

наслеђивању. Жене су иначе знале шта их чека – добиће мираз, и то им је, што им је. И то је било српско обичајно право. Е, онда је Милош урадио ону чувену анкету. И то је опет било сад паметно Милошево решавање политичког проблема, као што су и они каснији рекли: „О томе нека одлуче политичари“. Милош је рекао: „Нећу ја да одлучим, дај да видимо шта мисли народ“. И народ је рекао: „Ма какво, бре, изједначавање жена, ћерка има да буде ћерка, жена има да буде жена“. Хаџић се бунио из дубине срца, јер је Аустријски грађански закон већ, за разлику од Француског, изједначио у великом делу процесну, правну и пословну способност жене. Међутим, негде као што знамо, Милош одлази из земље због оних превирања, долазе Уставобранитељи, долази Александар Карађорђевић, и, у суштини, Милош је заслужан што је Српски грађански законик донет, али он није донет у Милошево време. Године 1844. већ је на власти Александар Карађорђевић, и био је јако слаб владар. Уставобранитељи су водили главну реч, и онда се мучени Јован Хаџић борио са Државним саветом. То је била борба за голи живот. Хаџић је чак у једном тренутку био спреман да дигне руке од свега, тражећи да жена има иста права као и мушкарци. Међутим, Државни савет, вероватно као и Милош, руковођен потенцијалним гневом српске чаршије, мушкараца, инсистирао је да остану она решења која су. И тако је Српски грађански закон ускратио право наслеђивања ћеркама, оставио им је само мираз. Тачније, конзервирао је оно што је било у обичајном праву. Али, то није спречило београдске даме да у пролазу поред Хаџића пљуну за њиме и узвикну: „Гаде један, како си могао, уништио си нас, срам те било!“ Имамо то у његовим мемоарима, скоро су штампани. И тако је сав одијум пао на несрећног Хаџића, и због преписивања, и због положаја жена, а он ни крив ни дужан ни у првој ни у другој ствари.

Д. В.: На Правном факултету Универзитета у Београду 2009. године је основана Фондација Алан Войсон. Да ли фондација и данас живи, и како ради?

С. А.: Хвала Богу, фондација живи, живела је, и, надам се, живеће. Имали смо једну малу кризу, у периоду када се Алан разболео, јер нама је Алан био стални мотор. Он не само да је дао финансијска средства за награђивање студената, која су се временом полако топила, али то је био најмањи проблем, него је он лично учествовао у избору победника. Наши су студенти писали радове на тему правних транспланата. Ми смо захватили све, од Законоправила Светог Саве, па до Душановог законика, српских устава, Српског грађанског законика. Многе су теме продефиловале кроз фондацију. Многи добри аутори, сјајни радови се и даље цитирају. Тако [се] данас на *Google books* може пронаћи

рад Батрићевић Ане, које се и данас цитира као дело из Алан Вотсон Фондације, јер се налази на нашем сајту. То је Алан држао добрим делом својим ауторитетом. Он је чак и долазио и лично уручивао награде, и знате колико је то могло значити студентима када један такав великан лично вама уручи награду. Најмањи је проблем био што је то тада, износило чак пет стотина долара. Временом се то помало топило и топило. И када се Алан разболео, био је виталан, али се физички тешко кретао, и није више долазио до Европе, онда је већ смањио интензитет комуникације преко мејлова. Онда смо мало ушли у ту кризу, мало нам је фондација замрла. Имали смо две-три године да се ниједан студент није јавио. Вероватно смо и ми мало криви за то. Нисмо било довољно агресивни и нисмо довољно побуђивали студентског интересовања, али, срећом, пре годину-две јавиле су се нове снаге на нашој катедри, а видим ту управо и мог младог колегу и пријатеља Давида као будућег носиоца те јако важне фондације. Ево, писмо смо добили пре неки дан од једног колеге из Холандије, Пољак пореклом, који се интересује за Фондацију и пита да ли би могао његов чланак да поштује на Алан Вотсон фондацији, на нашем сајту. Онда сам му рекао: „Да“, и онда смо мало оживели тај сајт, и заиста, Алан Вотсон мора да живи на овом факултету јер тамо у Џорџији... Знате већ и сами шта је Америка, тамо се забораве они који су отишли. А Алан је имао душу словенску. Јер Шкотланђани, Срби, Црногорци, ми смо исти. „Ми имамо душу, они је немају...“, то је Алан говорио за Енглезе и Американце, „...а ми Шкотланђани, ми смо потпуно другачији“. И у то сам се уверио и на Алану и на многим другим колегама из Шкотске. И заиста су пуним срцем овде налазили свој други дом и свој други Универзитет. Грант Меклауд (*Grant McCloud*) који је на крају делимично и научио српски, у свој кабинет у Единбургу однео је слику Вука Караџића и гусле. И у Единбургу, у том кабинету, до скоро, док професор није отишао у пензију, стајале су гусле. Имали смо увек велике пријатеље међу Шкотланђанима. А наравно, ту је Вотсон прва звезда.

Д. В.: Поред Фондације Алан Вотсон којој сје на овом факултету удахнули животи, иако је познат и, а одавно већ и ван факултетских граница, Форум Романум, иако звани „клуб љубитеља римској права и антике“. Ви сје један од оснивача овог Клуба и његов дугогодишњи председник, ја вам рећу, како је дошло до идеје да овај клуб, ипак јединствен по свом концепту рада, буде основан.

С. А.: Јединствен је и по томе што траје, ево сада већ педесет година. Ми, Боже здравља, ове године треба да прослаavimo педесет година форума. Настао је захваљујући иницијативи ове двојице професора, Драгомира Стојчевића и Обрада Станојевића. Професор Стојчевић је достао путовао по свету, и то је наша срећа, срећа моје генерације,

што смо већ имали професоре који су били отворени према иностранству. И професор Обрад Станојевић је предавао по иностранству и објављивао књиге, предавао по Америци. Професор Стојчевић је исто био један од водећих романиста, у Амстердаму видео дело и идеју професора Ханса Анкума (*Johan Albert „Hans“ Ankum*), иначе члана Холандске краљевске академије наука. И он је сада већ упокојен, и његова слика је сада овде са нама, пошто је и он део Форума. Он је рекао: „Хајде, ми имамо тај Форум, где се студенти и професори састају једном месечно, и разговарамо о римском праву, па се онда мало и дружимо“. То се допало професору Стојчевићу, и он је често говорио: „Идеја је моја, а бензин је Обрадов“. И стварно, Обрад Станојевић је то преузео. Он је тада био млади професор, са својих четрдесет и неколико година. Стицај околности је био да се ту појавила ова наша генерација из Класичне гимназије, нас четворопеторо. На то је Обрад одмах рекао: „Па ви сте нама потребни, ми хоћемо да правимо клуб пријатеља римског права и антике, а вама је то урођено“. Видео је колико знамо. Почели смо са рециталима латинске поезије, под свећама. Имамо и инкриминисане слике када нас је тадашња факултетска партијска организација прогласила дисидентима јер палимо свеће у просторијама факултета.

Д. В.: Субверзивни делајници...

С. А.: Тако је. Опасни по државу и режим. И једва смо спасили Форум да уопште има право да се састаје, уз обећање да никакви рецитали неће постојати. Идеја Форума је била као и у Амстердаму: дакле, нека стручна тема о којој се говори, али пре свега људски контакт између чланова Форума, студената, али и професора који чине Форум. Форум је био замишљен управо као клуб, универзитетски, професора и студената, чега имате много у англосаксонском свету – Оксфорд, Кембриџ... Они знају шта су ти клубови и колико они могу дати студентима у неформалној комуникацији. И тако смо ми почели да се богатимо знањима уз Обрада, Стојчевића и наше друге професоре са других катедара који су почели да долазе. А ми смо опет то преузели као своје место.

Д. В.: Као ѿрансѿланѿ.

С. А.: Као трансплант. И богами, Алан Вотсон је постао велики заљубљеник у Форум, а сада, опет нажалост, покојни Ханс Анкум је долазио на сваку пету годишњицу Форума. Последња на којој је био била је четрдесета годишњица Форума, и већ је правио планове (а имао је већ добрих 80 година) шта ће он да ради када буде следећа, 45. годишњица. На ту следећу годишњицу нажалост није могао да дође, из објективних разлога, јер је већ био покојни, али је зато био

професор Герхард Тир (*Gerhard Thür*) из Минхена, Граца, сада члан Бечке, Аустријске академије наука, и он је сада наш Цезар иностранни. Јер смо увек имали иностраног Цезара, увек, поред сталног Цезара. А овде му можете видети и слике. Ено га Обрад као други Цезар, а трећи Цезар је моја маленкост, и онда смо увели стране Цезаре. То је био, наравно, Алан Вотсон, и ево сада Герхард Тир. Надамо се да ће нам Герхард Тир бити присутан када будемо славили 50 година Форума, и надамо се да ће и Форум преживети време.

Д. В.: Оквирно, колико Форум данас броји чланова, и ко су њејови истакнути чланови?

С. А.: Хм, Форум је кроз педесет година постојања имао сигурно преко хиљаду чланова, најмање! У ствари, у свакој генерацији их буде педесетак. Али у последњих неколико генерација није то баш тако бројно. Некада су се овде одржавали читави концерти, различити догађаји, ишло се на форумске екскурзије – све, дакле, са већим бројем активних студената. Али, дакле, у укупном броју, сигурно преко хиљаду и много више од хиљаду. Ми имамо великим делом сачувану архиву Форума, па ћемо можда за педесет година да простудирамо и да можемо да дамо тачнији одговор. Али оно што сигурно знамо, што смо пропратили, то је осамнаест форумских бракова. Имамо осамнаесторо људи који су се упознали и заволели на Форуму, и који су после изградили дивне породице. И данас заправо имамо много форумске деце, која су данас, не само дипломирала, него су сада већ и они увелико родитељи, и већ припремају генерације унука за Форум. Форум је дакле, имао јако много истакнутих људи. Велики део наставника на нашем факултету је прошао кроз Форум. Десетак, петнаестак њих сигурно. А многи чланови Форума су се нашли и на значајним местима у нашем друштву. Нећу опет о политици, али знате да је наш Никола Селаковић био душа Форума, али имамо и најбоље београдске адвокате који су Форумаша, као и најбоље српске привреднике, али не бих опет о именима, да им се не би неко навукао па да тражи некакву донацију. Али заиста, у свим сферама права. Ето, на пример, и у дипломатији, да не причамо. Наши форумаша су били амбасадори на најистакнутијим местима. Један је, нажалост, тако и погинуо. Њега ћу једино поменути – Оливер Потезица. У Либији, у оном чувеном атентату. Али, ето, све је то изашло из ове просторије.

Д. В.: Поред антиичкој љрава, Ви стје се бавили и антиичким беседништвом. Конкретно, Исејевим судским беседништвом, које стјудентии изучавају на љредмеју Уљоредна љравна љтрадиција. Међууиим, тјо стјудентии не љроучавају као какво мрљво слово на љајиру, већ на један, друјачији, ља, мојли бисмо рећи на један инљеракљиван начин,

и то у облику симулације античкој суђења. Овај Ваш интерактивни метод извођења наслова поприлично је широко прихваћен у иностранству рекао бих, толико, да је добио титицу „београдској методу подучавања“. Да ли нам можете објаснити како тај „београдски метод подучавања“ изгледа у наслоу, које су његове користи за студенте, као и то да ли он са собом носи и одређене ризике и какав је његов целокупни образовни ефекат. И још бих Вас замолио да нам кажете где је све овај метод рада јустио корење у Европи.

С. А.: То јесте једна врло специфична форма, она није специфична када имате у виду англосаксонски свет, јер они имају различите облике учења кроз симулацију. Симулација суђења, *moot court* и различите те форме које су биле можда и посредна инспирација како да учинимо живљом античку судницу. И тако се родила идеја да бисмо ми могли да направимо некакву симулацију суђења из Атине, на основу неких говора, аутентичних – Исејевих, Демостенових, али да онда учесници ту буду студенти, у улози грка тужиоца, туженог, сведока и других учесника у поступку, и то да буде ако је могуће са тогама, у чаршавима, и са реквизитима – на пример, клепсидра, водени сат који мери време. Гласање помоћу некаквих специјалних справа које су постојале у атинској судници, тако да је било генерација када смо ту импровизовану судницу у потпуности чинили атинском. И једне године је ту била једна међународна конференција наших колега из правне историје, којима је пало на памет да им покажемо како функционише наша судница, наш *moot court* из области правне историје. И то што смо приказали је наишло на опште одушевљење страних колега. Тада је ту био професор Герхард Тир (*Gerhard Thür*) из Беча, и био је пре тога Декан у Минхену, као и Алберто Мафи (*Alberto Maffi*) из Италије, из Немачке Гвидо Фајфер (*Guido Pfeifer*) и још бројни различити професори који су се заинтересовали, али ова тројица су преузели. Па је почела мала симулација у Грацу када је професор Тир прешао да буде професор из Минхена и Беча у Грац. Онда је почела у Милану, па у Мађарској, и почели смо онда да правимо као некаква мала такмичења. Није на тим такмичењима било никаквих награда, нити ко је ту најбољи, него су студенти имали циљ да покажу како то они раде. Да би на крају овај наш метод стигао и до Харварда. Адријана Лани (*Adriaan Lanni*), која је тренутно једно од највећих имена које се бави античким грчким правом, на Харварду предаје између осталог и то. Она је имала своје симулације и своја суђења, и рад сам да Вам дам фотографије са њеног суђења, јер је у *Harvard student law review* изашла репортажа о томе како студенти на Харварду имају симулацију суђења по моделу Београда. То је наша мала велика тајна.

Д. В.: *Тај београдски метод подучавања је сјај и правне клинике и moot court-а?*

С. А.: Апсолутно, апсолутно. Главна идеја је била управо у томе, прво да студенти осете себе, као бруцоши, да они имају осећај за живо право, а не само за право из књига. Друго, да имају способност изражавања. Још важније, да развијају аргументацију. Даље, да схвате како судија одлучује. Шта све утиче на одлучивање и, оно што је можда најважније, да развијају своју општу културу, и да тај свој начин изражавања преточе сутра, прво у своје испите. Наша реторика је то исто показала, да студенти када заврше курс, просечна оцена почиње да им расте. Тако је и са нашим студентима са прве године. Они који прођу кроз стручну групу, а не забушавају, а обично је врло мало таквих, можда ни 10%, они сви постају одлични студенти. Великим делом захваљујући и томе што на *moot court*-у науче како треба продати аргументе. Како треба бити сугестиван, на који начин се убеђује странка, на који начин се убеђује суд, али и на који начин се убеђује и професор на испиту.

Д. В.: *Поменули сте студентску способност изражавања, и ја бих се њу надовезао на демеће анђичкој беседничкива, које сте Ви сјединили са одликама модерној public speaking-а и преточили у књију која је чак била и напращена 2009. године као најбоље научно остварење наставника и сарадника. Да ли нам нешто можеће рећи о овој књижи – Rhetorike Techne?*

С. А.: Тако је. Мени реторика јесте ушла у крв преко Исејевог судског беседништва, Демостена, Класичне гимназије, све се то свезало. А онда сам и ја схватио да је стварно студентима права неопходно да имају реторику као предмет. Међутим, важан моменат у свему томе је била и једна дивна манифестација, такмичење у беседништву, које је постојало тада, у том тренутку када сам ја постао студент. Дакле, пре студентских демонстрација 1968. године постојало је некакво такмичење на Правном факултету, али су ту долазили и студенти правних факултета из других крајева бивше Југославије, и то такмичење је трајало до негде 1972–1973. године. Ту је упорно побеђивао студент са Правног факултета Универзитета у Београду – Слободан Рашић, чувени судија, а који је имао и своју озбиљну дилему када је изрицао прву смртну казну. Много је пута о томе говорио. Мома Рашић је био толико добар беседник да ови из жирија нису могли ником другом да дају награду, а у жирију су били и Словенци и Хрвати. И онда су му рекли трећи пут: „Немој да се кандидујеш и четврти, нећемо ти дати, због кључа. Мора неки победник да буде из других крајева“. Међутим, тај четврти пут се није ни десио, јер је кренула она мала политичка

ујдурма око уставних амандмана. Правни факултет је ушао у жижу, због дискусије о уставним амандманима. Неки су професори, као, на пример, Михајло Ђурић, као што знате, стигли до затвора, а неки су изгубили посао на факултету, као Воја Коштуница. И углавном, тада је беседништво престало. Ја сам био довољно срећан као бруцош да сам видео како је то изгледало. Плус, Исеј. Схватио сам да би то требало оживети као такмичење, али да би студенти требало да имају и предмет. Па сам тада, наравно, са Обрадом разговарао, и Обрад је рекао: „Наравно, ма ми ћемо то заједно да радимо“. Обрад је био такав, класичарски дух. Он формално није завршио Класичну гимназију, јер је човек из Прокупља. Тамо ње није било. Али је то био интелектуалац светског формата. И то је предност овог факултета, што је имао и те људе који су рођени у малим срединама, а који су израсли у грдосије, у дивове. И тако смо онда ми одлучили да прво идемо да пишемо књигу, па ћемо онда показати колегама да би требало увести и предмет. Тако је настала и прва наша књига, и то су сада две књиге – *Ars Rhetorica*, и после *Rhetorike Techne*. Обрад је ту мало имао другачију конценпцију. Он није толико желео да се везујемо за *Public Speaking*. Он је више ту желео да иде ка класичној реторици, а ја сам, не зато што сам млађи, него зато што сам ваљда више осетио да ново време долази – ипак је Обрад 1930, а ја 1950. годиште, па је тих 20 година изгледа мало оптику променило – и ја сам схватио да ствари иду у другом правцу, и да ћемо ми морати да пратимо *Public Speaking*, ако хоћемо да преживимо као реторика. Јер античка реторика је фантастична, много важна, дивна, али ако ви њу не утопите у оно што је потребно импулсу модерног човека, она ће да се чак помало и угаси. Као што се и реторика као дисциплина угасила у 17. и 18. веку, када су предимензионирали теоријску компоненту реторике. И зато је реторика престала да постоји. Реторика је свој нови живот, свој *revival*, доживела почетком 20. века, кроз *public speaking*. Е, ту смо онда нас двојица покушали то да везујемо, али сам ја мало више вукао на *public speaking*. Али смо дали нешто што је заиста остало као трајни траг, а то су пре свега наша такмичења у беседништву.

Д. В.: *Колико дуго већ постоји то треће обновљено такмичење у беседништву?*

С. А.: Да, то је тачно – треће обновљено такмичење у беседништву. Хвала и на том додатку. Прво је било давно, прво је било још 1955–1956. године, али смо ми имали срећу да смо срили човека који је тада био победник – Божић се звао. И он нам је дао стенографске белешке. Ми наше такмичење данас снимамо. Прво смо га снимали само тонски. Па смо га онда снимали на касете. Па потом на дис-

кете. А сада га снимамо на нове меморије. А ово прво такмичење је било, не снимано, него куцано, два стенографа су на писаћим машинама куцали, и ми смо добили те белешке, и њих ено у нашем музеју. Ту можете видети како је изгледало то такмичење. То је била прва генерација беседништва, која је кратко трајала, можда пар година, али је ипак вредно помена, јер је то био први покушај да се у комунистичкој земљи ипак мало нешто чује. Све је то ипак било у складу са очекивањима, али је ипак проговорила Србија, проговорила Југославија. Већ је ово друго беседништво било мало деликатније, и ту су били присутни озбиљни тонови који су политички, после 1968. године, били деликатни. Е, када је кренуло наше треће беседништво... Таман хајде да завршим са тим политичким тоновима. И Ви сами сте сведоци колико се ту слободно говори. Шта је све изговорено у овом нашем циклусу, који ево сада траје већ 25 година. Памти се када је Марко Ђурић, сада надлежан за Косово и Метохију, једну ружу бацио пред ноге тадашњем начелнику Генералштаба Војске Србије, и рекао, бацивши ту ружу: „Сахрањујете војску, ево вам цвет за венац. Девастирали сте војску“. То је рекао у брк начелнику. А петица? Петица ћути. Много се пута ту говорило оно што се другде није смело говорити. И само када су једном покушали, у неким околностима, у Милошевићево време, да нам кажу да би волели да виде и чују шта ће беседници говорити, Обрад је преломио и ја сам рекао: „Не, беседништва неће бити“. Јер начуло се да ће бити један говор, мало непријатан, и декан је хтео да га чује и ми смо рекли: „Не, боље је да беседништво остане слободно, и да једну годину прескочимо, него да кренемо у цензуру“. Тако да мислим да је и то једна од тајни ових наших 25 година. Наравно, све се може рећи, на леп начин. И наш је задатак био, и ми и дан данас имамо тај проблем, и нашим беседницима кажемо: „Критикујте, али само водите рачуна на који начин“. Јер критика је много жешћа ако је изречена на прави начин, а поготову кроз добру беседу. Оно друго је критизерство, које не вреди ништа, које није конструктивно. И због тога наше беседништво има тако дубоке корене и тако је витално.

Д. В.: Где је све такмичење у беседништву Правног факултета Универзитета у Београду укорињило корене, јер видимо данас да слободна реч у том облику заживљава.

С. А.: Хвала Богу, много га има. Почело је прво по правним факултетима. Први наш следбеник је био Правни факултет у Новом Саду. Практично кад и ми. Односно, поново наш форумаш, Срђан Шаркић. Он је тада једно време био декан и професор, исто правне историје. Засновао је беседништво на Правном факултету у Новом Саду.

Одмах после тога у Нишу, Крагујевцу. Потом је преузело Скопље, Бања Лука, Подгорица – тада ваљда још увек Титоград. И тако је кренуло по правним факултетима. Е, онда је кренуло даље – Сремска Митровица. Који су исто врло рано почели, практично када и ми, и то је била паралелна иницијатива једне дивне екипе ентузијаста, који су видели нашу књигу, и рекли: „Ево примера“. Тако да Митровица и дан данас живи под називом *Lux Verbi*. Неки су и ту учествовали, ако се не варам, и били победници. И наши су студенти тамо по правилу победници на *Lux Verbi*, а онда се десио још један важан догађај – у Министарству просвете је постојала једна особа, огрешићу се јер тренутно не могу да се сетим њеног имена, углавном дама која је видела како то ниче код нас, и рекла: „Па ово је потребно да се учи по гимназијама и средњим школама!“ И захваљујући тој госпођи, израђен је некакав план и програм за наставу Реторике у правно-биротехничким школама. Невенка Мијатовић се звала. Захваљујући госпођи Мијатовић, која је то упорно гурала кроз Министарство, Реторика се нашла као наставни предмет у правно-биротехничким школама. И такмичења су потом почела по целој Србији на нивоу средњошколаца. И када је то почело, ми смо видели да смо запалили пламен који се више неће угасити. Све дотле смо бринули да ће то трајати само док смо ми ту, и наши наследници, који смо пасионирани. И један од тих наследника је наш Давид, беседник од формата, који такође верујем да ће чувати традицију такмичења у беседништву и реторику. Али је важно да се она сада утемељила ван факултета и да се институционализовала. То је гаранција да ће тај предмет који је важан за хуманистичко образовање живети и у средњим школама, а не само на појединим факултетима у бившој Југославији и данашњој Србији.

Д. В.: Кажу: „Правник без доброј јовора, ко сѣолар без длеѣа“.

С. А.: Баш тако. Браво.

Д. В.: *Порег Ars Rhetorica i Rhetorike Techne* има још једна књижица која је ѿлог Вашеј рага, и она је издаѣа за 20. и 25. јубилеј ѿосѣјања ѿакмичења у беседнишѣву, и реч је о ѿримерењеној ретѣорици. Како је ѿа књиѣа замишљена да изѣледа?

С. А.: Па, то је заправо један алманах нашег целог путошества кроз реторику, од такмичења у беседништву, преко различитих контактних дисциплина. Ту је поменуто једна јако важна епизода. Данас су јако модерне дебате. Дебата је постала можда важнија форма и студирања, али не само на правним факултетима, него и на политикологији, и многим другим. И дебата је међународни симбол студирања. И наши студенти су ове године постали шампиони, први у Европи и други у

свету. И та дебата је у Београду почела овде, поново у Форуму. Ја сам имао испит из реторике, и долази један амерички професор, кога сам само једном чуо мејлом – Алфред Снајдер (*Alfred Snider*). Каже: „Нисам се најавио, али сам дошао на факултет, и ето, затекао сам Вас“. Он је дошао са својом асистенткињом из Вермонта. Пуно име му је Алфред Снајдер, али је познатији по надимку „Туна“. Мало је имао тако затупаст нос. И он се сматра једним од *founding fathers* модерне дебате. Ако говорите са дебатерима, нема ко не зна за Туну. Реко': „Добро, али сад немамо времена“, а каже он: „Нема везе, ја ћу ту да седим на испиту“. Ја сам то често причао мојим студентима на часовима реторике. Ништа, ја му кажем: „Хајде ти оцењуј по осећају, не знаш језик, али оцењуј наступ и оно што можеш видети“. Да скратим причу – оценое које смо ми давали, и оценое које је дао Снајдер Туна са својом асистенткињом су се погодиле у 90% случајева. Што само доказује ово што си ти малопре казао, јако је важна форма у којој се излаже мисао, дакако, важно је и шта се каже, али је исто толико важно и како се каже. И тада је дебата почела на нашем факултету. Зато је у нашој књижици поменут и настанак дебате као неки изданак нашег такмичења у беседништву, једна грана коју је касније развијао наш колега Мишко Јовановић. А сада су то узели студенти у своје руке, и сада студенти дебату воде сами. Њима више не треба никакав професор. И одлазе на светска првенства и освајају све могуће дипломе и прва места. Тако да је, заиста ми се чини, из ове наше реторике која је почела прилично скромно и стидљиво, из такмичења у беседништву, кроз симулацију суђења, све мало по мало израстало ово што сада можемо сматрати нашим чедом.

Д. В.: *Каква је култура њовора међу омладином данас?*

С. А.: И сами знате. Врло, врло, врло на незавидном нивоу. И, нажалост, јако се тешко исправља. А на срећу, на нашем факултету има студената који хоће да дођу на час реторике...

Д. В.: *Али и са других факултета...*

С. А.: А ја имам срећу да је и сниматељ наш и режисер овога што сада радимо био једне године курсиста на нашем курсу реторике. Мада је завршио Академију уметности. Имамо, да, сваке године, и студенте са других факултета. У једној генерацији смо имали двојицу стоматолога, који су учили студенте како се перу зуби. У једној генерацији смо имали оног човека што је дуго водио на Студију Б радио програм. И њему сам тренутно заборавио име. Имали смо и једног докторанда са физике, који је радио у Институту за физику. Имали смо велики број студената са Филолошког и Филозофског факултета,

а то нам је сада већ и уобичајена публика. Студенти са политичких наука такође.

Д. В.: И са Теологије након што је Омилитика избачена као предмет?

С. А.: Тако је, тако је. Са Богословског. Углавном долазе и други. Али, твоје основно питање је у ствари јако депресивно. Јер и после курса реторике, понекад, и овима који заврше курс реторике искочи понешто од оних беседничких мана. Па и ви сами знате и слушате колико има оних развучених вокала... Ја данас не могу да живим када слушам рекламу за цене, „купите ту и ту... то кошта деведасет девет кома деведасет девет“. Ја просто не могу то више да слушам, а слушам моје студенте са оним њиховим узречицама „овај, мислим, значи“, и без тога се реченица не започиње. Ужасна је култура говора. Мало је боља додуше, и то морам рећи, са некаквим ипак трачком оптимизма, међу ђацима из ових правно-биротехничких школа, на пример... А ви бисте прво очекивали да ови гимназијалци можда буду који ће носити бољи говор. Али вероватно захваљујући томе што имају реторику, они ипак, пошто нама долази добар део студената из правно-биротехничких школа, како су се већ некада звале, ипак мало имају бољи тај ниво културе говора. И ето да се покаже да не мора увек гимназија да буде најбоља у свему.

Д. В.: Чувена је Ваша реченица да студент никада неће бити добар студент ако факултет не осећа као своју другу кућу. Ви сте били глава те куће, то јест декан у два мандата. Који Вам је био омиљени семенит деканској поезији, и каква су Ваша искуства на тој позицији?

С. А.: Било је ту и добрих и лоших тренутака. Вероватно најзбудљивији тренутак је био штрајк студената, када су тражили, а ни сами нису знали шта. Али је ту било инструментализације са студентима Филозофског факултета који су се умешали... Па је требало нешто ту да се дешава... И то ми је био најтрауматичнији део. Јер сам знао да су то моји студенти, али нисам могао да верујем да би они тражили једне потпуно тако бесмислене ствари. Само „рокови, рокови, рокови“ и ништа више од тога. Оно што ме је највише бринуло током деканског мандата је била изградња једног новог факултетског простора, изнад амфитеатра пет. Ми то сада зовемо Галерија. Са две нове слушаонице, и са десет нових кабинета. Факултет је постао тесан. Ја сам се као декан суочавао са проблемом где ће се одржавати испити. Где ћемо смештати наше младе колеге који дођу као сарадници у настави, као асистенти приправници. И дан данас, и поред тога што смо ово направили, опет буде по четворо-петоро у једном кабинету када дођу. А наравно, просторије слушаонице су нам биле

преко потребне када смо кренули у ту озбиљну интернационализацију факултета. Па када смо добили тај међународни мастер европских интеграција, а још више међународни мастер у области јавних набавки заједно са Италијанима, а који су иначе водећи у Европи у мастеру јавних набавки. Практично, прве студије које су се одвијале у тим новим просторијама биле су међународне студије европских интеграција на страном језику. Ја бих рекао да су то биле главне тачке које су определиле шта су моја прва сећања на деканство. Тај штрајк студената који се на срећу завршио мирнодопски, наравно, уз велику помоћ самих студената, и то бруцоша, тадашњих, тек придошавших, у октобру месецу, који су нагннули у амфитеатар и говорили: „Хоћемо предавања, нећемо штрајк“. И овај, ајде да кажемо неки материјални траг који остаје иза деканства. Иза декана по правилу остаје и оно што је за студенте јако важно – комуникацијама са студентским организацијама. Ја сам увек имао јако добру комуникацију са мојим студентима, али сам се сада први пут нашао на другој страни – студенти увек траже једно, а управљачи морају да спроводе друго. Или оно што налаже закон, или оно што налаже наставно-научно веће или оно што сами сматрају да треба урадити, попут речимо тих испитних рокова. И ево, хвала Богу, и поред тога штрајка, ми смо сада полако свели тај број испитних рокова на неку нормалу. И оно што је за мене било најважније, да је Правни факултет тада стекао своју међународну репутацију. Ми смо у том времену имали на нашем факултету не десетине, него стотине различитих стручњака из иностранства, различитих институција, потписали небројено уговора са бројним универзитетима у свету, врло престижним, многим државним институцијама. Обезбедили стаж студентима који су дипломирали, и то плаћени стаж, односно, како би се то рекло, пробну праксу у државним институцијама, или привреди... Тако да мислим да је у том делу за мене деканство било важно искуство, и да сам осетио неко задовољство у томе послу. Много је ризика, много је страха од различитих несрећа које се дешавају, од онога што може да направи заиста велики белај. На овом факултету је било и једно убиство, на овом факултету је било и једно самоубиство. Што сам ја све пуштао у главу када сам се прихватао деканства. А онда ме је закопао мој унук који је тада још био клинац од неких дванаест година, и рекао: „Деда, па шта ће ти то? Замисли да се разбије прозор и да исече неког од студената, и ти ћеш бити крив.“ То су та размишљања дечија, која онда после прођу и кроз главу зрелог човека – за све си одговоран као декан. И одговоран си за професора који није урадио свој посао како треба, и одговоран си за студента који је направио неку глупост у граду, а сви кажу – „студент Правног факултета“.

Одговоран си пред новинарима за све. А новинара има различитих. Тако да је то деканство прожето, наравно, свим овим дивним тренуцима и сатисфакцијама, али, наравно, и многим бригама које су често утицале на мој сан.

Д. В.: Поред свега што си навели, Ви сте увели и обичај да студент-и диплому примају са руком положеном на Номоканон, што јест, на Крмчију. Шта је био повод констатуисања оваквог обичаја и можете ли нам рећи зашто баш Номоканон?

С. А.: Свега си се сетио. Повод је био тај што је мене нервирало, у време кад сам ја био студент, што сам диплому примио кроз шалтер, од шалтерске службенице. Па сам онда полако сугерисао мојим колегама деканима да се то учини свечанијим, па је то Обрад, ја мислим, први почео да прави некакву церемонију, малу церемонију, од тога да се неколико пута годишње, код декана долазило и онда се та диплома делила. Први велики и прави искорак је направио Мирко Васиљевић, који је два пута годишње уредио да се диплома додељује, и да то буде стварно свечани чин – хор, присутни професори, други студенти, и да се онда додељују награде из различитих фондација. Ти датуми су били Свети Сава и факултетска слава Крстовдан, који је такође установио мој претходник Мирко Васиљевић. Те две прилике су у правом смислу речи постали мали празници. А онда су почеле да се јављају идеје када сам ја био декан да би декан требало нешто ново да донесе. Па су предложили зашто ја сад не уведем да студенти као Американци бацају капе у ваздух, да факултет купи оне одежде...

Д. В.: Транспланте да уведемо да уведемо...

С. А.: Транспланте да уведемо како се деле дипломе у иностранству. А онда сам се ја одмах сетио како капе лете код нас приликом додељивања дипломе само на приватним факултетима. И схватио сам да цела та церемонија никада није легла. Био сам присутан у Америци много пута, али, просто, чини ми се да се тај трансплант овде не би примио. А оно што ми имамо и што правници треба да имају, и што студент права стварно са собом треба да понесе је заклетва професији. Као што медицинари треба да положи Хипократову заклетву, мени се учинило да студент права треба да стави руку, симболично, на најстарији српски правни документ, на Законоправило које је скоро једнако као и чувена *Magna Carta Libertatum* у Енглеској, а која је фетишизирана. Она јесте изузетно важан документ, али која је доведена до нивоа да је то био први устав у свету. Дакако није, то је била једно изузетно важна повеља, која је поставила темеље будуће

уставности. Али ће вам скоро сваки англосаксонац рећи: „Први устав на свету је *Magna Carta*“. А ми, наши правници, многи нажалост и не знају да постоји Крмчија Светог Саве, која се под тим називом примењивала и у другим словенским крајевима – код Бугара, код Руса, где се и назвала Крмчија, односно, крманошка књига – књига по којој се треба управљати. Изворно, Номоканон, како ју је и звао Свети Сава. Е, од тада наши студенти, када примају диплому, донесе се Номоканон, са оном својом заштитном куполицом, студент на њу ставља руку и на крају крајева, барем један део њих осећа некакву врсту узбуђења. И то су ми скоро сви говорили. А право да Вам кажем да, оно како се додирујете са студентом, ја сам осетио тремор код многих студената у тренутку када примају ту диплому уз Номоканон. Што значи да тај тренутак јесте много веће узбуђење и много дубље урезано у сећање сваком студенту од пуког бацања капе у ваздух. И ето, сада је срећом нови декан преузео тај обичај, и ја се надам да ће то остати традиција Правног факултета.

Д. В.: Једна сћрана делегација која је долазила у посету Правном факултету Универзитета у Београду чудно је реаговала када је видела икону Светиої Саве у декановој канцеларији и у конференцијској сали. Ойкуда та њихова чудна реакција и ойкуда у једној секуларној институцији икона, то јест слика једної свеца?

С. А.: Управо то је било једно питање наших колега: „Па ви сте секуларна држава. Још горе, ви сте до скоро били комунистичка држава. Шта ће вам сад ту икона, је л’ ви то хоћете да парирате комунизму? Ви сте сада нововерци“. Али, то је једна страна... Али ова друга страна: „Како ви можете као секуларна држава да држите икону?“. Пошто сам се ја мало бавио и тим такозваним државно-црквеним правом и ајде да будем нескроман, био сам кум тога назива у Србији. Пошто ми нисмо имали ту дисциплину и нисмо знали како се зове. Неки су га звали црквено право, други еклезијастичко право, а ја сам се одлучио да преузем немачки назив *Staatkeirchenrecht*. У државном црквеном праву ствари су јасне – али и то је било плод једног другог правног транспланта, о коме је на крају одлучивао Европски суд за људска права у случају „Лауци против Италије“. Наиме, у тој једној италијанској школи је стајао крст, па се мајка једног ученика, студента, побунила против тог крста рекавши да је Италија секуларна држава и да не може имати крст у школи. Процес је ишао, јако је дуго трајао, и на крају је Европски суд за људска права, тек пред Великим већем, пресудио у корист Италије, која је добила тај процес. А у целој тој аргументацији је био врло кратак одговор – дакле, секуларизам не значи потпуно одсецање државе од религије. У модерној Немач-

кој постоји систем, они то зову кооперативна одвојеност државе и цркве. Постоји систем државне цркве, систем одвојености државе и цркве, комунистички по правилу, и систем Немачке, а који је сада превладао у Европи, и који се зове систем кооперативе одвојености – свако има своју сферу, али има тачака на којима се мора сарађивати. Једна од таквих тачака је верска настава у државним школама. И да не ширимо тему. Уз то кратко објашење да секуларизам данас значи нешто друго него што је значао пре двадесет година, јер је релативно од скоро био тај развој догађаја у Немачкој. А скори је трансплант који смо ми преузели у нашем закону. Постоји и други разлог – Свети Сава овде није икона, он је овде као оснивач српског права. Он јесте оснивач српских школа, он јесте оснивач српских болница, али он је овде пре свега као човек који је направио најважнији документ српског права и као оснивач српског права. Па потом одведем наше странце и покажем им колико је велика Крмчија, односно, Номоканон. И предлажем Вам да и то снимите за овај интервју, као што Вам предлажем да снимите и моју магистарску тезу, да видите како су та слова изгледала после онаквог начина штампања. И можда да снимимо само једну страницу из *Harvard Law Review*, како то они раде симулацију суђења на београдски начин.

Д. В.: Поменули сте увођење верске наставе у Републици Србији, па какав је Ваш став према увођењу верске наставе у Републици Србији?

С. А.: Верска настава је традиција скоро свих земаља Европске уније, и ја смем да кажем „цивилизованог света“. Тренутно у Европи верску наставу немају само Словенија, што не значи да нису цивилизовани, али је то посебан разлог – екс комунистичке земље. Само у овом региону нема верске наставе – Словенија, Албанија, Црна Гора, Македонија, Косово, које није држава, али у делу Косова који припада Србији номинално, не одвија се верска настава. Питање је како ће се верска настава одржавати, јер религија је део живота сваког друштва. Веровали ви или не, били верник или не, ви живите са верницима и морате знати њихове назоре и морате знати, ако ништа друго, због културолошких разлога нешто о доминантној религији у својој држави. Због тога је верска настава присутна у целом свету, али и у Европи, па чак и у Француској. А многи кажу да нема верске наставе у Француској. А има је. Има је у Алзасу и Лорени. Има дакле у тим деловима који су били под Немачким утицајем. У овом крајње екстремно секуларном делу Француске нема, али зато Француска има у свакој школи плаћеног верског службеника, свештеника, који је ту за пружање такозване „духовне помоћи“. Дакле, за мене се не поставља питање да ли је потребна верска настава. Апсолутно јесте. Само је

њу комунистички режим искључио из оних разлога који су познати. Дакле, одсецање религије, религија је опијум за масе – то је она чувена реченица, класика Марксизма. И не треба људи да се залуђују. Међутим, религија је много више од тога. Религија је пре свега један културолошки феномен, који се мора спознати на прави начин. А за оне људе који верују, не дозволити им да добијају квалификовано знање о ономе у шта верују, већ да им то знање преносе неуки родитељи који су расли у комунизму, који су можда и били верници, али су ту веру свели на славску трпезу, Божић и Ускрс, а притом не би знали ни да вам изговоре једну молитву, није начин на који држава треба да одговори ономе броју људи који јесу верујући. Свака статистика Југославије је показивала то. Док је била велика Југославија, док нису избацили тачку питања верско опредељење. Откад имамо Србију, у свим овим нашим статистичким годишњацима, анкетама, односно, пописима становништва, 90% људи су верници. 90%, 85% се изјашњавају као православни верници. Ја сад користим аргументе професора Герхарда Роберса (*Gerhard Robbers*), исто нашег великог пријатеља са Универзитета у Триру, он каже овако и тако брани верску наставу у Европи. А наравно да има и у Европи следбеника секуларизма, али он каже: „Ви ускраћујете 85% људи који су *tax payers*, који су порески обвезници, ускраћујете их да добију адекватно образовање. То не значи никакво залуђивање. То значи само добро постављена верска настава“. А проблем је како поставити верску наставу. А није да ли она треба да постоји. Несумњиво је да треба. И ако постоји у толиким европским земљама, и практично у целој Европској унији, онда је сасвим јасно да је једино питање како она треба да изгледа, и у том делу ми имамо још посла, и ту још нисмо... Ја лично нисам задовољан како је то уређено, али иде у добром правцу.

Д. В.: И за сам крај, верујем једно посебно драго мишљење и посебно драго усвојено. У децембру месецу Ваше колеге из наставно-научног колегијума, али и бројни, што садашњи, што Ваши бивши студенти приредили су Вам велико изненађење на Вашем последњем предавању из предмета Упоредна правна традиција. Што Вам је то поклоњено на том последњем часу из Упоредне правне традиције и какве стие утиске понели са тог часа?

С. А.: Хах, знате шта је био главни утисак – како задржати сузе? Прво, невероватно да нико није провалио. То је заиста било фасцинантно. Баш никакав, ни најмањи абер до мене није стигао. И нисам био нимало сетан, али просто, јесте последње предавање у том амфитеатру, међутим, неко ми је дошао, и како ја то обично радим, чак сам мало и окаснио, и сад улазим у амфитеатар и видим

– пун амфитеатар и студената из генерације која је ту, редовна, и студената из претходних генерација, и моје колеге, и Воју за катедром, и аплауз који траје и не престаје... Не знам човека коме не би заиграло у том тренутку све, од мишића до грла и срца. И, наравно, знате, требало се суздржати, да не крену сузе. То је тренутак крајње емотиван. А онда тамо видим неке поклоне, реко': „Људи, маните ме поклоне, ово је највећи поклон што сте ви овде“. Али ти поклони су били стварно невероватни. Само ћу један поменути, а то је ручни рад мојих студената, од шперплоче направљена гиљотина, која је требало да симболише мој назив који ме прати цео мој пут кроз факултет – „целат са осмехом“. Наравно да је тада био општи урнебес када сам ја подигао канапић и пустио оно мало сечиво да падне. И све друго је нешто што ће остати. Али је сам чин оно што ће остати до незаборава. Ове ствари ће физички остати, та гиљотина је ствар коју сам оставио у аманет мојим члановима породице да то има да се чува као породични сувенир, а све друго остаје у човеку и носи се са собом апсолутно до краја живота. То је дан који се не заборавља.

Д. В.: И за сам крај, сјара је изрека да онај ко познаје историју може да предвиди будућност, сјоја, као професор правне историје рецијие нам каква је то будућност Правној факултету Универзитета у Београду?

С. А.: Сто пута сам се питао у каквом ће свету да расту моја деца, а сада већ моји унуци. И то рађа велику забринутост. Јер, знате, почећу од Обрада и нећу дуго. Обрад је говорио стално, каже: „Ова историја је чудо, у последњих сто година иде темпом *sempre accelerando*“, као у музици – темпом сталног убрзавања. И онда помислим, заиста, кад је Београд... И баш сад ових дана ми се то враћало у сећање, поготову у време короне. И у време кад сам поново писао о овоме, па сам се питао да ли је могуће да је пре само четрдесет и неколико година било немогуће да на компјутеру променим тастатуру и куцам грчки текст. Пре ето, само сто и двадесет година, или мало више од тога, сто тридесет или четрдесет, моји професори које сам наследио су писали књиге под свећама. Све оно што ми читамо, дела наших великана, писано је под свећом. Није било струје, није било сијалице. Први пут је прва сијалица засијала у Београду у кафани негде ваљда 1880. године. А није дошла у домове све негде до после Првог светског рата. У Америци је негде тамо двадесетих година прошлог века једва половина домаћинства била осветљена струјом електричном, у Америци! Зато Вам кажем, ми смо у једном таквом брзом темпу и убрзању да тешко можете прогнозировать шта ће даље бити. Знате

шта је било револуција у животу мога оца – када је проговорила кутија, када је радио почео да говори. И ја сам растао уз радио апарат. Први ТВ сам видео у излогу радње у улици у којој станујем – у Кнез Михајловој – телевизор и камера која вас снима. И сад ви видите, ви се мрдате, а тамо се нешто мрда и знате да је то телевизор. Први телевизор моја породица је купила кад сам ја имао дванаест-тринаест година. И то је за мене била револуција. За моју децу, за генерацију мог сина и ћерке је то већ био компјутер, али то је био Мајнер. То су биле оне прве игрице, а ја сам већ почео да користим компјутер за куцање, за писање текстова. И за мене је то био домет свих времена – *word processing*, тако се то звало. А сад за унука мога, то више није компјутер, он зна све о компјутеру – сада су то друштвене мреже. А како ће се то даље развијати... Јер живот је очигледно условљен технологијом, и тај технолошки развој, а причали смо о оном леду и о ледарама. Па замислите ви живот без фрижидера. Замислите колико смо ми зависни од тих цивилизацијских техничких тековина. Мало нешто од тога смо видели у време короне. А замислите још само да у време короне нисмо имали струју. Па пола људи би извршило самоубиство. Колико смо зависни сада од друштвених мрежа. И новине се мање читају. Књига? Видим по студентима. Све мање се чита. Па се онда питамо зашто је култура говора таква. Зато што се сад култура говора формира једним сведеним речеником. Формира се кроз скраћенице. Формира се кроз смајлије и емотиконе.

Д. В.: *Повраћајак на хијеролифе.*

С. А.: Тако је! Браво! Своди се на то да ће са неколико хиљада знакова људи можда комуницирати у будућности. О таквој будућности ја не смем да размишљам.

Д. В.: *Хвала Вам, професоре, на издвојеном времену. Заиста нам је била часи.*

С. А.: Хвала теби. Ја сам пресрећан. Учинио си ми, знаш шта... Нешто што ретко ко добије. Ово је шта си ти урадио нечувено.

Рад приспео / Paper received: 1.7.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 5.7.2020.

Давид Д. ВУЧИНИЋ*

МИРОСЛАВА МИРКОВИЋ
(1933–2020)

Речено је да „уносити светлост научне истине у догађаје прошлости значи служити садашњости“.

А што су ти догађаји смештени даље у сеновиту прошлост, то је на њих већом лучом потребно сјати, не би ли они са довољно светла били обасути, а тмина старине надвијена над њима одагнана, барем смислено.

Тим пре би за такав подухват, који пуно светлости собом носи, и допринос садашњости требало да буде већи.

И заиста – *historia lux veritatis est...*

Стога и искрено држим да «само неуки и неразумни људи могу да сматрају да је прошлост мртва и непролазним зидом заувек одвојена од садашњице».

Не каже ли и мудрост староставна да «шта је било, то ће бити», и да «шта се чинило, то ће се и чинити», те да, коначно – «нема ничег новог под сунцем»?¹

И не врати ли нам се иста та прошлост почесто назад у животе, макар тек толико да нас подсети да је од садашњице не можемо одвојити, нити отргнути?

* Аутор је студент мастер студија на Правном факултету Универзитета у Београду, благајник Клуба *Forvm Romanvm*, адвокатски приправник Тијане Којовић у адвокатској канцеларији „БДК адвокати“ и сарадник у настави ван радног односа на Правном факултету Универзитета у Београду на предмету Кривично право, david.vucinic@bdkadvokati.com.

1 1 Мој. 8:22, Проп. 2:12, Проп. 3:15, Проп. 6:10.

Врати се...

И враћа се...

И ту је – међу нама.

Но, ми је прихватимо тек онда када се о њену јеку више не можемо оглушавати – када је такво и толико њено присуство да га никако не можемо негирати.

И заиста, *historia nuntia vetustatis et testis temporum est...*

Али, има истине и у тврдњи да „све оно што је човек мислио, осећао и радио, нераскидиво је уткано у оно што ми данас мислимо, осећамо и радимо“.

Нисмо ли ми тако бастioni духа наших предака, што се њиховим осетима и мислима крепе и разгаљују, и њиховим искуствима (м)уче и уздижу?

Јер заиста, *historia vita memoriae est...*

Sic tempus fugit, и „нараштај један одлази и други долази, а земља стоји увек“.²

Тако је, тек привидно за наше (ово)земаљске очи, ’отишла’ буктиња историјске научне истине, сведок многих времена и корифеј успомене живота – Мирослава Мирковић, професор емеритус Филозофског факултета Универзитета у Београду и шеф Семинара за историју старог века и Центра за античку епиграфику и нумизматику – слуга садашњости и поверилац будућности – она која се мислима и осетима предака крепила и разгаљивала, и њиховим искуствима (м)учила и уздизала, а сада постала непорециви сапутник наше (будуће) свакодневнице.

Слава јој!

Професорка Мирослава Мирковић рођена је 1933. године у Косовској Митровици. Своју универзитетску каријеру започела је 1957. године, одмах по свршетку студија класичне филологије на Универзитету у Београду, на ком ће и остати све до пензионисања.

Академску 1982/1983. годину проф. Мирковић је провела на Институту за напредне студије Универзитета Принстон, по позиву професора Френка Гилијама (*Franc Gilliam*). Такође, проф. Мирковић је била и шеф Катедре и семинара за историју старог века, Центра за античку епиграфику и нумизматику, и члан уредничког тела *Inscriptions de la Mésie Supérieure*, као и члан Немачког археолошког института и Међународног удружења папиролога краљице Елизабете, као и близак сарадник академика проф. др. Драгослава Срејовића, након чије смрти је наставила сарадњу са његовим колегама.

2 Јов. 8:19, Пс. 104:5, 2 Пет. 3:10.

У бројним научним пољима на којима је деловала, проф. Мирковић је оставила свој неизбрисив траг, а између осталих и у римској војној и економској историји и социјалној антропологији, епиграфици, папирологији, историји урбанизације и градског живота, позног старог века и раног хришћанства, као и проучавању породичне заједнице и сродства на подручју древног Медитерана и становништва римског и пре-римског Балкана и Подунавља.

Проф. Мирковић је аутор преко 80 научних радова, књига и уџбеника, а за своју књигу „Реа Силвија и седам римских краљева – Сродство и власт у старом Риму“ освојила је престижну награду за класичне науке „Милан Будимир“. Правни факултет Универзитета у Београду и Досије студио објавили су награђену књигу, у оквиру тада новопокренуте едиције „Антика“.

Поред поменуте сарадње са Правним факултетом Универзитета у Београду, проф. Мирковић је била и велики сарадник и пријатељ Клуба љубитеља римског права и антике *Forum Romanum*. Тако је у оквиру сада већ петодеценијских активности Клуба, проф. Мирковић више пута гостовала као предавач, додатно развијајући своју повезаност са Правним факултетом Универзитета у Београду. Тако ће она, како међу студентима, тако и међу колегама професорима, и у овој институцији остати упамћена као изврстан предавач, благе нарави, а опет, живе, одсечне и искричаве речи, увек отворена и доступна за питања и додатна појашњења.

Њена последња два предавања на Форуму, „Пропадање и пад римског царства“ и „Сингидунум – римски град на ушћу Саве у Дунав“, срећом, забележена су у видео форми, те остају доступна долазећим генерацијама.

Стога, овим путем, Правни факултет Универзитета у Београду и редакција часописа „Весник правне историје“ тугујући исказују своје саучешће и жалост за преминулом проф. Миром Мирковић – још једном вечном потврдом нераскидивости историје од права и правне науке.

Рад приспео / Paper received: 23.9.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 25.9.2020.



Наградни конкурс Фондације Алан Вотсон

Фондација Алан Вотсон (Alan Watson Foundation) расписује наградни темат за академску 2020/21 годину. Будући да се управо ових година (уз варијације у датирању) обележава 800 година од доношења Жичких повеља Стефана Првовенчаног, првих српских световних правних аката који су донели крупне измене у наше брачно право, овогодишња тема је

БРАЧНО ПРАВО И ПРАВНИ ТРАНСПЛАНТИ

На конкурс могу учествовати сви студенти основних и мастер студија Правног факултета Универзитета у Београду. Добродошли су сви радови који се уклапају у тему конкурса, без обзира на то баве ли се Жичким повељама и српским правом уопште, или проблематику правних трансплантата анализирају у неком другом правном систему. Добродошло је бављење и правноисторијским изворима и позитивноправним актима. Радови се могу писати на српском или енглеском језику.

Радови се шаљу до 10. јануара 2021. године доц. др Нини Кршљанин, потпредседници Фондације, на адресу nina.krsljanin@ius.bg.ac.rs, уз основне личне податке кандидата. Победник конкурса биће проглашен током прославе Дана Светог Саве, 27. јануара 2021, кад ће му бити уручена и новчана награда. Победнички рад ће бити објављен у часопису „Весник правне историје / Herald of Legal History“, у првом броју за 2021. годину.

Фондација Алан Вотсон основана је 2005. године на иницијативу самог професора Вотсона, дугогодишњег пријатеља нашег Факултета и почасног доктора Универзитета у Београду. Сада, после његове смрти 2018. године, фондација наставља да шири његову идеју, пре свега теорију правних трансплантата, и да охрабрује истраживачки рад студената Правног факултета у Београду у области правне историје. Председник Фондације је проф. др Сима Аврамовић.

IUSTORIA 2021

Правни факултет Универзитета у Београду отвара позив за учешће у Другој студентској конференцији из правне историје – Iustoria 2021, која ће се одржати 25. и 26. марта 2021. године, са темом „Право и религија“.

Повод за тему је чињеница да се ове године обележава 100 година од доношења Видовданског устава Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца (1921), који је, међу многим другим изменама, први на овим просторима уместо једне државне религије увео мултиконфесионалност. Питање односа државе и цркве и положаја различитих конфесија у модерној држави свакако је и дан данас актуелно; међутим, веза између права и религије траје од најдревнијих времена. Настанак првих норми првобитног права доминантно се везује за верске заповести и табуе. Већина права старог века има приметне везе са религијом – од ирационалних средстава доказивања попут божјих судова (ордалија) и заклетви, преко формализма у уговарању старог *ius civile*, до посебних прописа о положају свештенства. Монотеистичке религије доносе са собом другачији поглед на друштво и право, и многе нове теме, попут односа световних и верских прописа, утицаја верских норми на свакодневне друштвене односе (нарочито брачне и породичне) или кажњавања преступа против вере. У свим друштвима се у мањој или већој мери може говорити о питању правног положаја припадника друге вере, али управо монотеизам, заједно са бројним верским сукобима и расколима, интензивира ово питање. Колонијална експанзија западних сила отвара и питање односа (хришћанских) колонизатора према религијама покореног становништва. А модерно доба доноси и државе које се одвајају од религије – било да се ради о дистанцирању у виду секуларности, било о сукобљавању карактеристичном за комунистичке државе. Радо очекујемо пријаве у вези са свим овим и многим другим питањима у оквиру главне теме!

IUSTORIA 2021

The University of Belgrade Faculty of Law is now receiving paper proposals for the Second student conference on legal history – the Iustoria 2021, to be held on the 25th and 26th of March, 2021, its topic being “**Law and Religion**”.

The reason for the topic is the fact that this year marks the 100th anniversary of the adoption of the Vidovdan (St. Vitus' Day) Constitution of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes (1921), which, among many other changes, was the first in this region to introduce multi-confessionalism instead of one state religion. The question of the relationship between the state and the church and the position of different religious denominations in the modern state is certainly still relevant today; however, the connection between law and religion has lasted since time immemorial. The emergence of the first norms of primitive law is predominantly related to religious commandments and taboos. Most legal systems of the Antiquity have noticeable connections with religion – from irrational means of proof such as ordeals and oaths, through contractual formalism in the old *ius civile*, to special regulations on the position of the clergy. Monotheistic religions bring with them a different view of society and law, and many new topics, such as the relationship between secular and religious regulations, the influence of religious norms on everyday social relations (especially marital and family relations) or the punishment of crimes against religion. In all societies, one can speak to a greater or lesser extent about the issue of the legal position of members of other religions, but it is monotheism, together with numerous religious conflicts and schisms, that intensifies this issue. The colonial expansion of the Western powers also raises the question of the attitude of (Christian) colonizers towards the religions of the conquered population. And the modern age also brings states that separate themselves from religion – whether it is a matter of distancing in the form of secularism, or a conflict characteristic of communist states. We're looking forward to applications on all of these and many other issues related to the main topic!

За учешће у конференцији могу се пријавити сви студенти основних и постдипломских студија правних факултета и других факултета друштвених наука. Пријаве треба да садрже основне личне податке (име и презиме, факултет, ниво, смер и годину студија) и проширени апстракт рада, дужине од 500 до 1000 речи. Могуће је излагање на српском или енглеском језику – охрабрујемо пријаве на енглеском ради лепше комуникације са учесницима из иностранства.

Пријаве се шаљу на адресу iustoria@ius.bg.ac.rs до 15. јануара 2021. Студенти ће бити обавештени да ли је њихова пријава прихваћена до 25. јануара. Провизорни програм конференције биће објављен до 1. фебруара. Радне верзије радова који ће се излагати потребно је послати до 15. марта. За све додатне информације можете се обратити на исту адресу или на званичну Фејсбук страницу конференције <https://www.facebook.com/iustoria/>

Као и на прошлој конференцији, поред излагања својих колега, студенти ће на конференцији имати прилику да чују и неколико наставничких предавања од стране реномираних стручњака – више детаља ће бити у коначном програму.

Будући да је ситуација са пандемијом COVID-19 још увек неизвесна, до 25. фебруара ћемо донети одлуку да ли ће се конференција одржати уживо или онлајн. Ако се буде одржавала уживо, потрудићемо се да учесницима ван Београда обезбедимо смештај у студентском дому или у приватном аранжману код студената-домаћина из Београда, зависно од расположивости места.

Коначне верзије радова излаганих на конференцији, уз финалне измене и исправке у разумном року после конференције, биће предате за објављивање у часопису „Весник правне историје / Herald of Legal History“.

All students of graduate and post-graduate studies pertaining to law or other humanities are eligible to apply for the conference. The applications should contain basic personal information (name and surname, faculty, department, level and year of study), along with an extended abstract containing anywhere between 500 and 1000 words. Applications are accepted in either Serbian or English.

The applications should be e-mailed to iustoria@ius.bg.ac.rs before the 15th of January, 2021. The students will be informed by the 25th of January whether or not their application has been accepted. A provisional programme for the conference will be announced by the 1st of February. Drafts of the chosen papers need to be sent by the 15th of March. For any additional information you may enquire at the same e-mail address, or consult the official Facebook page of the conference – <https://www.facebook.com/iustoria>

Just like on last year's conference, apart from the presentations given by their colleagues, the students at the conference will have an opportunity to attend several lectures given by renowned experts – more details on this will be available in the final version of the programme.

Given the fact that the situation with the COVID-19 pandemic is still uncertain, we will make a decision by the 25th of February whether the conference will be held live or online. If it is held live, we'll do our best to secure accommodations either in student dorms or with student host families for those participants who don't reside in Belgrade. These arrangements will depend on the number of available spots.

The final versions of the papers presented at the conference, with final changes and corrections submitted within a reasonable time after the conference, will be submitted for publication in the journal "Vesnik pravne istorije / Herald of Legal History".

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

1. Профил часописа и врсте радова које се објављују

Весник љравне исијорије / Herald of Legal History је међународни академски студентски часопис, посвећен проучавању правне историје свих земаља и свих раздобља. Издавач часописа је Правни факултет Универзитета у Београду. Часопис излази два пута годишње, у ограниченом штампаном тиражу и електронски у отвореном приступу.

Радове могу подносити како студенти основних и постдипломских студија права, тако и студенти других друштвено-хуманистичких наука. Прихватају се и радови аутора којима је престао статус студента, уколико су га имали у време истраживања, односно писања рада.

Текстови могу бити на српском или енглеском језику.

Прихватамо следеће врсте радова:

1. **Студентске академске чланке;** у случају коауторских радова, сви аутори морају да имају статус студента у високошколској установи. Радо примамо како радове који се тичу појединачних правног система, тако и оне који примењују упоредни приступ.
2. **Приказе књига;** предмет рада могу бити како скорашње, тако и давно објављене књиге, али приступ се мора прилагодити сходно томе. Уколико се ради о приказу старије књиге која је у међувремену доживела поновно издање, аутор прегледа мора дати пуне библиографске податке како о првом издању књиге, тако и о оном које је коришћено при писању приказа.
3. **Студентске преводе академских чланака и изворних текстова са српског на енглески и обрнуто, или са било ког другог језика на један од два претходно поменута.** Ако је текст већ превођен на дотични језик, мора се радити о приметно бољем и/или савременијем преводу. Преводаца је у обавези да, упоредо с преводом, поднесе сагласност аутора или другог носиоца ауторских права (или доказ да је текст у јавном домену, тј. слободан за коришћење), као и оригинални текст. Када год је могуће, оригинал и превод биће упоредо објављени.
4. **Интервјуе значајних научника из области правне историје, које спроводе студенти, на академске теме.** Упоредо са текстом интервјуа, интервјуиста има обавезу да поднесе доказ о дозволи и сагласности интервјуисаног (лица) да интервју буде објављен (нпр. електронска преписка или копија потписане изјаве о сагласности).
5. **Пригодне текстове** – извештаје с конференција, некрологе и сл.

AUTHOR GUIDELINES

1. Journal Profile and Types of Submissions

Весник правне историје / Herald of Legal History is an international academic student journal dedicated to the study of legal history of all countries and periods. The journal is published by the University of Belgrade Faculty of Law. It has two issues per year, in a limited number of physical copies and as an open access e-journal

Both graduate and postgraduate students of law, as well as of other social sciences and humanities, are eligible to submit papers for the journal. Submissions by authors who no longer have student status are also acceptable, as long as they possessed it during their research or writing.

Submissions are accepted in Serbian and English.

We accept the following types of submissions:

1. **Academic articles written by students;** in case of co-authored papers, all authors must have student status at an institution of higher education. We encourage both papers dealing with individual legal systems and those taking a comparative approach.
2. **Book reviews** written by students; both recent and older works can be reviewed, but the approach must be adjusted accordingly. If an older book that was later re-issued is reviewed, the reviewer must submit full bibliographical information regarding both the first edition of the work and the one that was used for the review.
3. **Translations of academic articles or primary sources from Serbian to English or vice versa, or from any other language to either of these two, done by students.** If a translation of the text into the language in question already exists, the translation has to be significantly better and/or more modern. Along with the translation, the translator must also submit the author's or another copyright holder's consent (or proof that the text is in public domain, i.e. free to use), as well as the original text. Whenever possible, the original and the translation will be published side by side.
4. **Interviews with renowned scholars in the field of legal history, conducted by students, on academic subjects.** Along with the text of the interview, the interviewer must submit proof of the interviewee's authorization and consent to the publication of the interview (e.g. email communication or a scan of a signed statement of consent).
5. **Event-related texts** – conference reports, necrologues etc.

Пожељно је да студенти који намеравају да поднесу преводе или интервјуе о томе унапред обавесте Уредништво, те да питају да ли текст који ће бити преведен или научник који ће бити интервјуисан одговарају профилу часописа. Може се послати и узорак преведеног текста (1–2 странице), како би се унапред проверио општи квалитет превода.

Радови који су већ објављени на другом месту не могу се предавати за објављивање. Ако је радна верзија неког рада учињена доступном на интернету, по објављивању рада је треба уклонити или заменити линком за рад на сајту *Весника*.

Радови предати за објављивање подлежу обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената. Чланке и приказе књига ће рецензирати стручњаци из одговарајућег поља правне историје, док ће преводе прегледати стручњак у чију специјализацију потпада тема на коју се рад односи и филолог специјализован за језик на коме је текст написан. Интервјуи, као и други слични текстови (нпр. некролози) не подлежу анонимној рецензији, али редакција може сугерисати примене измене.

Радови се шаљу у *Microsoft Word* формату на адресу **vesnik@ius.bg.ac.rs** или предају онлајн преко сајта часописа: <http://ojsnovi.ius.bg.ac.rs/index.php/Vesnik/index>. Уколико аутор сматра потребним илустрације, табеле или неуобичајене фонтове, потребно је да их достави у виду засебних датотека. Оригиниали превођених текстова се такође могу послати у PDF-у.

Видео апстракти за радове или уживо снимљени интервјуи су такође прихватљиви и биће објављени на профилима часописа на друштвеним мрежама (YouTube, Facebook, Instagram, итд.) упоредо с електронском објавом радова на које се односе. Слање видео апстракта или интервјуа не ослобађа аутора обавезе да пошаље писани апстракт с кључним речима, или транскрипт интервјуа. (Уколико интервју није вођен на српском или енглеском језику, превод транскрипта на један од та два језика је неопходан.) Видео снимци и друге крупне датотеке могу се слати преко бесплатних сервиса за дељење датотека (попут *WeTransfer*, *FileMail*) истовремено с подношењем рада или недуго након.

Рокови за подношење радова су: 30. април за први број, и 31. октобар за други. Аутори ће бити обавештени чим њихови радови буду примљени.

Аутори су дужни да се при писању радова придржавају међународних академских и етичких стандарда. Чином предавања рада за објављивање сваки аутор гарантује да рад не садржи никакво кршење ауторских права, плагијат или етички преступ, као и да рад није раније био објављен, није прихваћен за објављивање нити у поступку разматрања за објављивање на другом месту, те да ће евентуалне радне верзије укло-

We encourage students intending to submit translations or interviews to inform the Editorial Board of their intentions in advance, and to inquire whether the text to be translated or the scholar to be interviewed fit in with the journal's profile. An example of the translation (1–2 pages long) can also be provided, in order for the overall quality of the translation to be assessed in advance.

Papers that were already published elsewhere cannot be submitted. If a work in progress version has been made available online, once the paper has been published, it should be removed or replaced with a link to the paper on the *HLH* website.

All submissions will be evaluated by two external reviewers. The peer review is double blind. Articles and book reviews will be evaluated by experts in the relevant field of legal history, while translations will be reviewed by one expert in the field of the translated text, and one philologist specializing in the language in question. Interviews, as well as other similar texts (e.g. necrologies) are not subject to anonymous reviews, but the Editorial Board may still suggest appropriate changes.

All submissions should be sent in Microsoft Word format to **vesnik@ius.bg.ac.rs**, or submitted online through our website: <http://ojsnovi.ius.bg.ac.rs/index.php/Vesnik/index>. If illustrations, tables or non-standard fonts are needed, they should be included as separate files. Originals of translated texts can also be sent as PDFs.

Video abstracts for papers or recorded live interviews are also acceptable and will be published on the journal's social media profiles (YouTube, Facebook, Instagram etc.) once the issue they are related to is published online. Sending a video abstract or interview does not eliminate the author's obligation to send a written abstract and keywords, or the transcript of the interview. (If the interview is conducted in a language other than English or Serbian, a translation of the transcript to either of those languages is also required.) Videos and other large files can be sent over free file-sharing services (e.g. WeTransfer, FileMail) together with, or soon after the textual submission.

Deadlines for submissions are the 30th of April for the first issue and the 31st of October for the second. Authors will be notified when their submission is received.

Authors are obliged to follow international academic and ethical standards in the writing of their papers. By submitting a paper for publication, every author guarantees that the paper contains no copyright infringement, plagiarism or ethical misconduct, as well as that the paper has not been previously published, accepted for publication nor is under consideration for publication elsewhere, and that any work in progress versions will be removed

нити или заменити линком за верзију објављену у *Веснику* ако рад буде прихваћен за објављивање.

Аутори задржавају ауторско право на своме делу. Међутим, услов за објављивање у *Веснику правне историје* јесте да аутори издавачу дозволе да објави дело, да гарантују право да ће *Весник* бити наведен као изворни издавач у случају поновног објављивања и да неискључиво уступе овлашћење на умножавање, те овлашћење да се текст учини доступним јавности и да се дистрибуира у свим облицима и медијима. Објављени текстови се дистрибуирају под условима лиценце „*Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)*“.

2. Форматирање и стил писања

Радови се пишу у фонту Times New Roman, величина 12. Текстови на српском се пишу ћириличним писмом. Текстови на енглеском могу да користе било британски или амерички варијетет енглеског језика, под условом да се један користи континуирано кроз цео рад.

Латинске и друге стране речи и изрази, као и интернет адресе, пишу се курзивом (*italic*), уколико је то могуће за писмо које се користи. За језике који не користе латинично или ћирилично писмо (нпр. грчки), молимо вас да користите фонт сличне величине и да фонт доставите уз свој рад.

Страна имена која се помињу у тексту, а која користе другачије писмо или транскрипцију од онога у тексту, треба да се при првом помињању напишу у оригиналу у загради, курзивом. У даљим наводима користе се само транскрибована имена.

Пример: Као што истиче Игор Медведев (*Игорь Медведев*)...

Кад је цитат преведен с другог језика, треба навести и изворни текст уколико је могуће, било у главном тексту или у фусноти, у зависности од важности цитата. И обрнуто – за све цитате на било ком језику осим оног на коме је рад написан, морају се дати и преводи. Изузетак овоме су опште познате латинске речи и изрази, као што су *mutatis mutandis*, *de iure*, *a fortiori*, *et cetera*.

Не постоји минимална или максимална дужина рада, али рецензенти могу да сугеришу проширивање или скраћивање појединих целина у оквиру рада у зависности од важности за тему.

Ауторима је дозвољено да пишу у првом лицу једнине, првом лицу множине, или неутралним стилем, али би требало да кроз рад континуирано користе стил који су одабрали.

Ауторово име и презиме, са средњим словом, и академска титула се уписују у горњи леви угао. Презиме се пише великим словима – верзalom; може се користити редослед уобичајен у ауторовом матерњем

or replaced with a link to the version published in the *HLH* if the paper is accepted for publication.

Authors will retain the copyright in their work. It is, however, a condition of publication that authors transfer to the *Herald of Legal History* the non-exclusive right to publish the paper, to be cited as its original publisher in case of reuse, to reproduce, to make available to the public, and to distribute it in all forms and media. The published papers will be distributed under the „Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)“ license.

2. Formatting and Writing Style

Papers should be written using the Times New Roman font, size 12. Texts in Serbian should be written in the Cyrillic alphabet. Texts in English can use either British or American English, but one must be used consistently throughout the paper.

Latin and other foreign words and phrases, as well as internet addresses should be written in verso (italic), if available for the script in question. For languages that do not use the Latin or Cyrillic alphabet (e.g. Greek), please use a font of a similar size and include the font with your paper.

Foreign names mentioned in the text that use a script or transliteration different than the one the paper is written in should be given in the original in parentheses (and in verso) when they first appear in the text. In subsequent mentions, only the transliterated name should be used.

Example: As Igor Medvedev (*Игорь Медведев*) points out...

When quotations translated from other languages are given, the original should also be provided if possible, either in the main text or in a footnote, depending on the quotation's importance. And vice versa – translations should be provided for all quotations given in any language other than the one the paper is written in. An exception to this are widely known Latin words and phrases, such as *mutatis mutandis*, *de iure*, *a fortiori*, *et cetera*.

There is no minimum or maximum length for submissions, but the reviewers may still suggest expanding or shortening a section of the paper based on its relevance for the subject.

Authors are free to write either in first person singular, first person plural or in a completely neutral style, but the same style should be used consistently throughout the paper.

The author's first and last name, initials of the middle name(s), and academic title should be placed in the upper left corner. The last name should be capitalized; the order common in the author's native language can be used.

језику. Установа на којој аутор студира или је запослен, ниво студија или друге афилијације и позиције, као и адреса електронске поште аутора, треба да буду написане у фусноти означеној звездicom. У истој фусноти аутор може, ако жели, додати и линкове за своје профиле на академским сајтовима – сајту институције где је запослен, некој академској мрежи попут *ResearchGate*, *Orcid*, *Academia.edu* и сл.

Како би се обезбедила анонимност рада, молимо вас да не уписујете своје име нигде осим на страни на којој је наслов. Ако се позивате на неке од својих других објављених радова, молимо вас да приликом навођења поступате са њима као са радовима других аутора, а да их при том не истичете као своје.

Уколико рад представља део семинарског рада, мастер или докторске тезе, ако је резултат истраживања у оквиру неког научног пројекта, или је излаган на некој конференцији, ове податке треба што детаљније навести у истој фусноти у којој је ауторова афилијација, у засебном пасусу.

Уз чланке (за разлику од других врста радова) треба доставити и апстракт, дужине 100–150 речи, са 3–5 кључних речи подесних за потребе онлајн претраживања и индексирања.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама. Уредништво задржава право да прилагоди текст стилу и формату часописа.

На крају рада, после библиографије, наводе се на другом језику часописа (на енглеском ако је рад на српском и обрнуто) име аутора са фуснотом, наслов рада, сажетак (који може бити до 500 речи) и кључне речи. Ако нисте у могућности да их преведете самостално, молимо вас да то назначите како бисмо обезбедили превод.

Наслов треба да буде центриран, откуцан великим словима – верзалом, величина фонта 14. Поднаслови би такође требало да буду центрирани и откуцани верзалом, величина фонта 12, и нумерисани консекутивно арапским бројевима.

Уколико поднаслов има више целина, оне такође треба да буду обележене арапским бројевима, и то: 1.1 – малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1 – малим словима у курзиву (фонт 11), итд. са мањим фонтом.

Аутори чланака (и приказа, ако имају друге референце осим књиге коју приказују) су у обавези да поднесу библиографију цитираних дела, фонт 11, на крају чланка. Листа треба да буде подељена на изворе (историјске и правне, тзв. примарне изворе) и литературу (тзв. секундарне изворе), по азбучном реду презимена аутора. Извори без (познатих) аутора треба да буду наведени пре оних с ауторима, у азбучном реду по наслову.

Уз преводе треба доставити кратак увод у којем ће се у основним цртама изложити, за изворе, природа, значај и контекст настанка преве-

The institution of study and/or employment, study level, or other affiliation and position, as well as the author's email address should be given in a footnote indicated by an asterisk. The authors may also include, in the same footnote, links to their profiles on academic websites – the site of the institution where they are employed, an academic network such as *ResearchGate*, *Orcid*, *Academia.edu*, etc.

In order to ensure your paper's anonymity, please do not include your name anywhere except the title page. If you are referring to your other published works, please treat them as you would any other author's, without singling them out as your own.

If the article is a part of a seminary paper, master or doctoral thesis, if it is the result of research within a scientific project, or it has been presented at a conference, this information should be indicated with as much detail as possible in the same footnote with the author's affiliation, in the next paragraph.

For articles (unlike other types of submissions), an abstract 100–150 words long should be included, together with 3–5 keywords suitable for indexing and online search purposes.

It is in the author's interest that the title and key words reflect the content of the article as closely as possible. The entire paper, including the abstracts, shall be subjected to proofreading and peer review. The Editorial Board reserves the right to adapt texts to the journal's style and format.

At the end of the paper, after the bibliography, the author's name with the footnote, title of the paper, abstract (this time up to 500 words) and key words are submitted in the other language of the journal (Serbian if the paper is in English and vice versa). If you are unable to translate them yourself, please indicate so, and we will provide the translation.

The title should be centred, typed in capital letters, font size 14. The subtitles should also be centred, typed in capital letters, font size 12 and numbered consecutively by Arabic numbers.

If the subtitle contains more than one part, they should also be designated with Arabic numbers, as follows: 1.1. – with lowercase letters in recto, font 12, 1.1.1. – with lowercase letters in verso, font 12, etc.

Authors of articles (and book reviews, if sources other than the reviewed book are quoted) are obliged to submit a bibliography of cited references, font 11, at the end of the article. The list should be divided into primary sources (historical and legal sources) and secondary sources (literature), both listed in alphabetic order by the authors' last names. Sources without (known) authors should be listed before those with authors, in alphabetic order by title.

Translations should include a short introduction which should outline in basic terms, for primary sources, the nature, significance and the context in which the translated text was created, and, for scholarly articles, the basic

деног текста, а за научне чланке основни подаци о аутору и значај преведеног текста. Увод треба да буде на језику на који се текст преводи, и по правилу не треба да буде дужи од једне странице.

У интервјуима, пре прве реплике сваког појединачног учесника, треба да буду наведена пуна имена како интервјуисте, тако и интервјуисаног, а потом само у иницијалима. Интервјуи би требало да садрже кратак увод са биографским детаљима о интервјуисаном.

За навођење цитата у чланцима и приказима књига, молимо вас да пређете на упутство за стил навођења литературе који се налази у наставку. Референце у преводеним чланцима треба да остану у стилу који је коришћен у изворном тексту.

3. Стил навођења литературе

1. Књиге: пуно име и презиме аутора (с другим иницијалима, уколико их има) – курентом, наслов – курзивом, издавач (ако је познат) и место издавања – курентом, година издавања.

Ако је број страна назначен, треба га написати без додатака (попут стр., р., рр., ff., dd. и слично).

После места издавања не ставља се зарез.

Пример: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia 1993, 26.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1993²), ако се аутору та чињеница чини битном.

Упућивање на фусноту треба да буде скраћено и нумерисано након броја стране.

Пример: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia 1993, 26, фн. 15.

Уколико се у књизи наводи више места издања, максимално се наводе три и раздвајају се цртом.

Пример: Jill D. Harries, *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge – New York – Melbourne 2004.

Уколико постоји више од једног издавача, максимално се наводе три и раздвајају се косом цртом.

Пример: Слободан Јовановић, *Влада Милана Обреновића, књига I*, БИГЗ / Југославијапублик / СКЗ, Београд 1990.

2. Чланци у часопису: пуно име и презиме аутора (с другим иницијалима, уколико их има) – курентом, назив чланка – курентом, под наводницима, назив часописа (правних прегледа или друге периодике)

information about the author and the significance of the translated text. The introduction should be in the language into which the text was translated, and, as a rule, should not exceed one page in length.

In interviews, both the interviewee's and the interviewer's full name should be used before each individual's first line, and initials should be used afterwards. Interviews should include a short introduction giving biographical information about the interviewee.

For references in articles and book reviews, please refer to the reference style guide below. References in translated articles should remain in the style used in the original text.

3. Reference Style

1. Books: author's first and last name (with other initials if present) in recto, title written in verso, publisher (if known) and place of publication in recto, year of publishing.

If the page number is specified, it should be written without any supplements (like p., pp., f., dd. or others).

The publisher's location should not be followed by a comma.

Example: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia 1993, 26.

If a book has more than one edition, the number of the edition can be stated in superscript (for example: 1993²) if the author finds that information relevant.

Any reference to a footnote should be abbreviated and numbered after the page number.

Example: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia 1993, 26, fn. 15.

If a publication lists more than one place of publication, a maximum of three should be listed in the reference, separated by dashes.

Example: Jill D. Harries, *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge – New York – Melbourne 2004.

If there is more than one publisher, a maximum of three should be listed, separated by slashes.

Example: Slobodan Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića, knjiga I*, BIGZ / Jugoslavijapublik / SKZ, Beograd 1990.

2. Journal articles: author's first and last name (with other initials if present) in recto, article's title in recto with quotation marks, name of the journal (law review or other periodical publication) in verso, volume and year of

– курзивом, број и годиште издавања, распон страна без икаквих дода-така (као и код цитирања књига). Ако је назив часописа нарочито дуг, а цитира се више чланака објављених у њему, у загради се наводи скраће-ница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: Sima Avramović, “Mixture of Legal Identities: Case of the Dutch (1838) and the Serbian Civil Code (1844)”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 4/2018, 13–37.

3. Када се цитира чланак у зборнику радова, име аутора и назив чланка се наводе као код часописа, а затим се наводе подаци о збор-нику радова у истом формату као за књиге, и на крају распон страна, с тим што се после имена уредника у загради ставља скраћеница на ис-том језику на којем је објављен зборник – „ур.“ или „прир.“, на српском, „ed.“ (односно „eds.“ код више уредника) на енглеском, „Hrsg.“ на не-мачком, итд.

Пример: Éva Jakab, “Financial Transactions by Women in Puteoli”, Paul du Plessis (ed.), *New Frontiers: Law and Society in the Roman World*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2013, 123–150.

4. Уколико постоји више аутора или уредника (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: Paul Cartledge, Paul Millett, Stephen Todd (eds.), *Nomos: Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge University Press, Cambridge – New York – Melbourne 2002³.

Уколико има више од три аутора или уредника, наводи се само име и презиме првог, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом.

Пример: Michael A. Livingston *et al.*, *The Italian Legal System*, Stanford Law Books, California 2015.

5. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и (целог) презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: A. Watson, 65.

Уколико се цитира више радова истог аутора, наслов се скраћује на највише три речи (не рачунајући предлоге, везнике и чланове).

Пример: A. Watson, *Legal Transplants*, 82. Или: S. Avramović, “Mixture of Legal Identities”, 25.

6. Уколико се цитира више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка.

Пример: G. Thür, 238–276.

publication, page range without any supplements (as in the book citation). If the name of a journal is particularly long, and multiple articles published in it are cited, an abbreviation should be offered in parentheses when it is first mentioned and used later on.

Example: Sima Avramović, “Mixture of Legal Identities: Case of the Dutch (1838) and the Serbian Civil Code (1844)”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 4/2018, 13–37.

3. When an article from an edited volume is cited, the name and title are written in the same way as for journal articles, followed by the data about the volume in the same format as for books, and a page range, but the names of the editors are followed by an abbreviation in parentheses in the language of the book – “ed.” (or “eds.” for multiple editors) in English, “Hrsg.” in German, etc.

Example: Éva Jakab, “Financial Transactions by Women in Puteoli”, Paul du Plessis (ed.), *New Frontiers: Law and Society in the Roman World*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2013, 123–150.

4. If there is more than one author or editor of a book or article (three at most), their names should be separated by commas.

Example: Paul Cartledge, Paul Millett, Stephen Todd (eds.), *Nomos: Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge University Press, Cambridge – New York – Melbourne 2002³.

If there are more than three authors or editors, only the first name should be cited, followed by abbreviation *et alia* (*et al.*) in verso.

Example: Michael A. Livingston *et al.*, *The Italian Legal System*, Stanford Law Books, California 2015.

5. Repeated citations of a single work by the same author should include only the first letter of his or her name, last name and the number of the page.

Example: A. Watson, 65.

If two or more references to the same author are cited, the title should be abbreviated to up to three words (not counting prepositions, conjunctions or articles).

Example: A. Watson, *Legal Transplants*, 82. Or: S. Avramović, “Mixture of Legal Identities”, 25.

6. If more than one page is cited from a text and they are specified, they should be separated by a dash, followed by a period.

Example: G. Thür, 238–276.

Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: G. Thür, 244 и даље.

7. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *Ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти (али с различите стране) користи се латинична скраћеница за *Ibidem*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 69.

8. Објављени предмодерни правни извори цитирају се у складу са правилима за цитирање савремених издања, као било која друга књига. Уколико су у питању извори са стандардизованим системом цитирања (нпр. *Corpus Iuris Civilis*, Библија) користе се стандардизоване скраћенице.

9. Закони и други прописи се наводе пуним називом – у куренту, потом се наводи гласило у коме је пропис објављен – курзивом (нпр. *Службени гласник*), а после зареза број и година објављивања, поново у куренту. Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања, после црте, наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 28. јуна 1921. године, *Службене новине Краљевине Срба, Хрватска и Словенаца*, година III, бр. 142/21.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

10. Чланови, ставови и тачке прописа се наводе редним бројевима. Речи „члан“, „став“ и „тачка“ се могу скратити на „чл.“, „ст.“ и „тач.“, и ауторима који наводе велики број чланова саветујемо да се тога придржавају.

Пример: члан 5. став 2. или чл. 5, ст. 2, точ. 3. или чл. 5, 6, 9. и 10. или чл. 4–12, итд.

11. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

12. Навођење необјављених извора (архивске грађе) треба да садржи наслов изворног документа што је могуће прецизније, праћен име-

If more than one page is cited from a text, but they are not specifically stated, the number which notes the first page should be followed with “etc.”

Example: G. Thür, 244 etc.

7. If the same page of the same source was cited in the preceding footnote, the Latin abbreviation for *Ibidem* should be used, in verso, followed by a period.

Example: *Ibid.*

If the same source (but *not* the same page) was cited in the preceding footnote, the Latin abbreviation for *Ibidem* should be used, in verso, followed by the page number and a period.

Example: *Ibid.*, 69.

8. Pre-modern legal sources that have been published should be cited according to their modern-day editions, like any other book. In case of sources with a standardized citation system (e.g. the *Corpus Iuris Civilis*, the Bible) the standard abbreviations should be used.

9. Statutes and other regulations published in modern-day official publications should be provided with a complete title in recto, followed by the name of the publication (e.g. official gazette) in verso, and then the number (volume) and year of publication in recto. In case of repeated citations, an acronym should be provided on the first mention of a given statute or other regulation.

Example: Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca od 28. juna 1921. godine, *Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, godina III, br. 142/21.

If the statute has been changed and supplemented, numbers and years should be given in a successive order of publishing changes and additions.

Example: Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, *Službeni glasnik RS*, br. 62/03, 64/03, 58/04 i 62/04.

10. Articles of the cited statutes and regulations should be denoted as follows:

Example: Article 5 (1); Articles 4–12.

The word “article” can be abbreviated to “art.”, and we advise authors referring to a large number of articles to do so.

11. Citation of modern court decisions should contain the most complete information possible (category and number of the decision, date of decision, the publication in which it was published).

12. Citation of unpublished sources (archive materials) should contain the title of the source document as precisely as possible, followed by the name

ном архива у којем се чува, називом фонда, групе списка или збирке, уз одговарајућу ознаку документа коју користи дотични архив (укључујући број фонда, фасцикле и сл.); у случају понављања, приликом првог помињања може се навести акроним или скраћеница под којим ће се извор даље појављивати.

13. Цитирање веб страница, сајтова и електронских књига треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум последњег приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *[http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp)*, приступљено 24. марта 2020.

of the archive in which it is kept, the name of the fonds, record group or collection, and the document signature number used by the archive in question (complete with the number of the fonds, folder etc.); in case of repeated use, an acronym or abbreviation can be provided on first mention.

13. Citations of web pages, websites or e-books should include the title of the text, source address (URL) in italic, and the date of the most recent access.

Example: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *[http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp)*, last visited on 24.3.2020.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
34(091)

ВЕСНИК правне историје = Herald of Legal
History / главни уредник Нина Кршљанин. –
[Штампано изд.]. – Год. 1, бр. 1 (2020)– . – Београд :
Правни факултет Универзитета у Београду, 2020–
(Београд : Бирограф). – 24 cm

Полугодишње. – Друго издање на другом медијуму:
Весник правне историје (Online) = ISSN 2738-0963
ISSN 2738-0955 = Весник правне историје
(Штампано изд.)

COBISS.SR-ID 28109833

Уређивачки одбор:

Проф. др Сима Аврамовић (Правни факултет Универзитета у Београду), проф. др Жика Бујуклић (Правни факултет Универзитета у Београду), проф. др Зоран Мирковић (Правни факултет Универзитета у Београду), проф. др Милена Полојац (Правни факултет Универзитета у Београду), проф. др Драгољуб Поповић (бивши судија ЕСЉП, Правни факултет Универзитета Унион), асс. Урош Станковић (Правни факултет Универзитета у Новом Саду), проф. др Зоран Чворовић (Правни факултет Универзитета у Крагујевцу), проф. др Срђан Шаркић (Правни факултет Универзитета у Новом Саду).

Међународни уређивачки одбор:

Проф. др Жељко Бартуловић (Правни факултет Универзитета у Ријеци), др Јуриј Вин, виши научни сарадник (Институт за општу историју Руске академије наука), проф. др Колман Денехи (Универзитетски колеџ у Даблину), проф. др Томас Зимон (Правни факултет Универзитета у Бечу), проф. др Виктор Кастелани (Одељење за језике и књижевности Универзитета у Денверу), проф. др Гералд Кол (Правни факултет Универзитета у Бечу), проф. др Пјетро Ло Јаконо (Правно одељење LUMSA универзитета у Палерму), проф. др Стефан Медер (Правни факултет Лајбницевог Универзитета у ХанOVERу), проф. др Никола Мојовић (Правни факултет Универзитета у Бањој Луци), проф. др Емилија Мусумечи (Правни факултет Универзитета у Тераму), проф. др Делфина И. Нијето Изабел (Одељење за историју и археологију Универзитета у Барселони), проф. др Марко Петрак (Правни факултет Универзитета у Загребу), проф. др Натале Рампацо (Национални истраживачки савет Италије, Напуљ), проф. др Марион Ревекамп (Хумболтов професор на Мексичком колеџу), проф. др Владимир Симич (Правни факултет Универзитета у Љубљани), проф. емеритус Герхард Тир, дописни члан Аустријске академије наука (Правни факултет Универзитета у Грацу), проф. др Габор Хамза, редовни члан Мађарске академије наука (Правни факултет Универзитета Етвеш Лоранд), проф. др Далибор Чепуло (Правни факултет Универзитета у Загребу).



MMXX